

O USO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO ART. 37, *caput*¹

Juliane Locks²

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo principal analisar o uso da arbitragem pela Administração Pública à luz dos princípios elencados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Enseja alargar o conhecimento a respeito das peculiaridades do instituto da arbitragem, bem como de conceitos gerais de direito administrativo, especialmente no que concerne aos princípios constitucionais, aos contratos pactuados pela Administração Pública e sua capacidade para contratar. A Lei de Arbitragem foi criada para atender a uma demanda envolvendo pessoas de direito privado, no entanto, regras esparsas foram inseridas na legislação pátria, prevendo cláusula arbitral em contratos administrativos, dentre eles os contratos de concessão e permissão de serviços públicos e os contratos das parcerias público-privadas. No entanto, existe incerteza quanto ao que a Lei da Arbitragem conceitua como direitos patrimoniais disponíveis, quando se fala do uso deste instituto para dirimir conflitos envolvendo contratos tendo Administração Pública como parte. O trabalho discute estes pontos separadamente e, ao final, demonstra as angústias provocadas pela incompletude do nosso ordenamento e pelo aparente descaso em relação aos princípios constitucionais da Administração Pública quando se abre a possibilidade desta transitar como parte na via arbitral.

Palavras-chave: Administração Pública. Arbitragem. Contratos administrativos. Princípios constitucionais.

INTRODUÇÃO: O aumento do uso da arbitragem no Brasil demonstra a credibilidade e a segurança relacionada ao amadurecimento do instituto, a discussão gira em torno da utilização da arbitragem pelo Poder Público para resolução de conflitos que envolvam contratos administrativos.

A lei que dispõe sobre arbitragem, no seu artigo 1º, explicita as condições necessárias para valer-se do instituto: a um, somente pessoas capazes de contratar podem pactuar compromisso arbitral, a dois, os litígios deverão versar sobre direitos patrimoniais disponíveis. Sob o aspecto econômico, a arbitragem é a melhor opção.

No entanto, vários questionamentos vêm à tona quando pensamos no uso da arbitragem pela Administração Pública. Um deles é se o patrimônio público é um direito disponível. Outro, se a Administração Pública pode utilizar um meio extrajudicial na solução de um conflito que envolve o patrimônio público frente aos interesses econômicos privados. E, pensando na possibilidade da utilização da arbitragem nos litígios envolvendo contratos administrativos, em que medida uma cláusula arbitral atende aos princípios constitucionais da Administração Pública.

Mister se faz, portanto, uma análise crítica da utilização da arbitragem para solução dos contratos administrativos, frente aos limites legais e aos princípios constitucionais da Administração Pública. Para tal, o presente estudo revisa os argumentos utilizados pela doutrina para a utilização da arbitragem na solução dos conflitos em contratos administrativos, confrontando-os aos princípios constitucionais elencados no artigo 37, *caput*³, e o organiza em três capítulos: o primeiro com foco nos aspectos relevantes da Administração Pública, em relação aos seus princípios constitucionais, às características dos contratos administrativos e sobre sua capacidade para contratar; o segundo aborda as linhas gerais da arbitragem: conceito, aspectos

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pela Profa. Dra. Orientadora Rosa Maria Zaia Borges, Profa. Dra. Betânia de Moraes Alfonsin e Prof. Dr. Cláudio Lopes Preza Júnior, em 25 de junho de 2012.

² Acadêmica do curso de Ciências Jurídicas e Sociais – Faculdade de Direito – PUCRS. Contato: j.locks@ig.com.br

³ Art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

históricos, a convenção de arbitragem e seus efeitos, os árbitros, o procedimento e a sentença arbitral; e o terceiro, considerado o mais importante, mostra as previsões legislativas e discute a autorização legal da Administração Pública para pactuar cláusula arbitral, apontando os limites e as possibilidades da utilização da via arbitral pela Administração Pública à luz dos princípios constitucionais do art. 37, *caput*.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO CONTRATANTE

1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A natureza da Administração Pública⁴ é a de um *múnus público*⁵ para quem a exerce, isto é, de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho⁶, a Administração Pública existe e só tem sentido se houver uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e dos encargos sociais, sendo que suas numerosas tarefas não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário.

Anda muito em voga o termo “improbidade administrativa”⁷, que foi trazido pela primeira vez na Constituição Federal de 1988. Antes, os textos constitucionais abordavam o tema superficialmente, em sua modalidade mais direta e de mais difícil demonstração, o enriquecimento ilícito⁸, mas o art. 37, §4º, da Constituição Federal vigente, constituiu-se em um passo importante, proporcionou ao legislador o fundamento de validade para a criação de uma normatização¹⁰ capaz de enfrentar com eficiência a calamidade pública que nosso país vive com a corrupção. A regra do art. 4º¹¹, da Lei da Improbidade Administrativa, reforça o mandamento do art. 37, *caput*, da CF, norma-princípio que, por si só gera, de um lado, direitos subjetivos pessoais e, de outro, deveres indeclináveis aos que, ainda que transitoriamente, militam nos quadros públicos.¹²

⁴ Ao se referir à Administração Pública, explica que esta não deve ser confundida com qualquer dos Poderes estruturais do Estado, sobretudo com o Poder Executivo, ao qual se atribui usualmente a função administrativa. Para entendimento da extensão de seu significado diz que é necessário pôr em relevo a função administrativa em si, e não o Poder em que é ela exercida. Lembra que há numerosas tarefas que constituem atividade administrativa, assim todos os órgãos e agentes que, em qualquer dos Poderes, estejam exercendo função administrativa, serão integrantes da Administração pública. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 10-11.

⁵ Como tal, impõe-se ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do direito e da moral administrativa que regem a sua atuação. Ao ser investido em função ou cargo público, todo agente do poder assume para com a coletividade o compromisso de bem servi-la. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86-87.

⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37.

⁷ Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo “tráfico de influência” nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos. PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 39-40.

⁸ Justamente por isso, criticam Marino Pazzaglini Filho e outros, dizendo que: “Talvez, por isso, a legislação ordinária produzida a respeito deste se tenha tornado pouco mais que mero adereço normativo”.PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 39.

⁹ Art. 37, §4º: Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

¹⁰ Lei Federal nº 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa). Diploma que regula as hipóteses configuradoras da falta de probidade administrativa e as sanções aplicáveis a agentes públicos e a terceiros.

¹¹ Art. 4º: Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos.

¹² PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 51.

Assim importante falar da improbidade administrativa, porque os princípios constitucionais são os norteadores da Administração Pública e sua afronta consiste em atos de improbidade. No Estado de Direito, a Administração Pública deverá vislumbrar na Constituição não só o ápice da pirâmide normativa, mas um conjunto de princípios e regras de cumprimento obrigatório.¹³

A fim de melhorar o entendimento de cada um dos princípios constitucionais da Administração Pública¹⁴, discorreremos sobre cada um deles a seguir, a começar pelo princípio da legalidade.

O princípio da legalidade¹⁵, como a própria designação já menciona, consiste no fato de a Administração Pública estar rigorosamente subordinada à Constituição e à lei. Assim, para o administrador público, o princípio da legalidade significa que ele só pode fazer aquilo que a lei determina, ao contrário do administrador privado, para quem aquilo que não é proibido é permitido fazer.

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.¹⁶

Para Hely Lopes Meirelles¹⁷, a legalidade, como princípio da Administração Pública, significa que o administrador público está sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, deles não podendo se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal.

Já o princípio da impessoalidade determina que a atividade pública deve ser destinada, indistintamente, a todos os cidadãos. Este princípio estaria ligado ao da finalidade pública, o que significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre interesse público que tem que nortear o seu comportamento.¹⁸

Odete Medauar¹⁹ aduz que o intuito essencial desse princípio é impedir que fatores pessoais, subjetivos, sejam os fins das atividades administrativas. Afirma, também, que o princípio da impessoalidade visa a obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações e concursos públicos, por exemplo. A finalidade deste princípio é fazer predominar o sentido de função, ou seja, a ideia de que os poderes atribuídos servem ao interesse de toda a coletividade, desconectados de razões pessoais.

¹³PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 14.

¹⁴Discutiremos neste trabalho apenas os princípios constitucionais. Contudo, ressaltamos a existência ainda, dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público, que apesar de não estarem mencionados no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, são decorrentes do nosso regime jurídico, tanto que ao lado dos princípios constitucionais foram textualmente enumerados pelo art. 2º, da Lei Federal 9.784/99, que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Muito embora tal norma tenha natureza federal, tem verdadeiro conteúdo de normas gerais da atividade administrativa não só da União, mas também dos Estados e Municípios.

¹⁵O princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois obriga, necessariamente, a submissão também ao direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais.FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 36.

¹⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 67.

¹⁷MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

¹⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 71.

¹⁹MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 147.

Outro princípio constitucional que rege a atividade administrativa é o da moralidade²⁰. A inserção deste princípio pelo legislador foi bem aceita pela coletividade que já se encontrava sufocada pela obrigação de ter assistido aos desmandos de maus administradores, frequentemente na busca de seus próprios interesses, relegando para último plano os preceitos morais de que não deveriam se afastar.²¹

Giacomuzzi²² ressalta a mudança de tratamento normativo que foi conferido à moralidade administrativa, dizendo que além de fazê-la constar dentre os “bens jurídicos” expressamente passíveis de serem defendidos via *ação popular*, cuja legitimidade à propositura – diz a Constituição (art. 5º, LXXIII) – é de “qualquer cidadão”, o legislador constituinte de 1988, sob a expressa denominação de princípio, inseriu a moralidade administrativa no *caput* do art. 37 da Constituição.

Assim, o princípio da moralidade²³ vai além da legalidade, analisa o mérito da ação administrativa, verificando se essa é pertinente ao interesse público ou apenas aos interesses do administrador público.

Em resumo, aduz Di Pietro²⁴, que estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e a ideia comum de honestidade.

A obrigatoriedade da divulgação dos atos de governo²⁵, dando ampla publicidade aos contratos e a outros instrumentos celebrados pela Administração Pública, por exemplo, traduz o entendimento do princípio da publicidade, que, se não ocorrer, implicará desrespeito ao princípio da moralidade, ao mesmo tempo.

O princípio da publicidade vigora para todos os âmbitos e setores da atividade administrativa. Um dos desdobramentos desse princípio encontra-se no inc. XXXIII do art. 5º, que reconhece a todos o *direito de receber, dos órgãos públicos, informações* do seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral²⁶. Neste sentido, o acesso a informações provindas dos órgãos públicos deve ser amplo.

Sob um aspecto prático, Bacellar Filho²⁷ comenta que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de

²⁰Esta expressão “moralidade administrativa” consta em dois artigos da nossa Constituição Federal de 1988: no art. 5º, LXXIII, e no art. 37, *caput*. A título de curiosidade, interessante destacar que o termo moralidade administrativa não é novo no Direito Brasileiro, a legislação²⁰ já referiu expressamente a ele.

²¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 20-21.

²²GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 32.

²³Da moralidade, insculpida no art. 37 da nossa Constituição, se deve, sobretudo, extrair deveres objetivos de conduta administrativa a serem seguidos, proibindo-se a contradição de informações, a indolência, a leviandade de propósitos, ou seja, a moralidade administrativa obriga em dever de transparência e lealdade por parte da Administração Pública. GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 270.

²⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 79.

²⁵A tradição do “segredo” na atividade administrativa predominava, mas mostrava-se contrária ao caráter democrático do Estado, mas a Constituição de 1988 inverteu esta regra.

²⁶A ressalva ao direito fundamental de obter informações dos órgãos públicos é mencionada apenas no final do inciso XXXIII, do Art. 5º, da Constituição, que diz respeito às informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, situações pouco frequentes. Outra ressalva ao princípio da publicidade encontra-se na preservação da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, declaradas invioláveis pela Constituição, no inc. X do mesmo art. 5º. Nesses casos, o sigilo há de predominar.

²⁷BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 46.

orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. No entanto, a referência à autoridade ou a servidor, constante em placas comemorativas ou de inauguração de obras, por exemplo, não pode servir de caso à aplicação da norma impeditiva, já que, na maioria das vezes, antes de configurarem promoção pessoal, ilustram um momento histórico da Administração Pública.

O último princípio a ser arrolado no rol do art. 37, da Constituição Federal, é o princípio da eficiência²⁸ que foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98 e estabelece o dever de trabalhar com produtividade, economicidade, eficiência, presteza e competência, ou seja, a Administração deverá oferecer ao cidadão mais serviços, com melhor qualidade, em menor tempo e com redução de custos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁹ explica que o princípio da eficiência apresenta dois aspectos: pode ser considerado quanto ao modo de atuação do agente público e em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública; ambos possuindo o mesmo objetivo, o de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. Quanto ao modo de atuação do servidor público, um ponto a ser ressaltado é o da sua profissionalização, ponto forte que substanciou a reforma administrativa operada pela Emenda Constitucional n. 19/98. Bacellar Filho³⁰ afirma que o preparo técnico para o desempenho de cargo, emprego ou função pública é condição *sine qua non* para avaliar a eficiência do servidor público.

Emerson Gabardo³¹, por sua vez, afirma que é justamente no que concerne ao controle dos atos discricionários que o princípio da eficiência exerce sua mais importante função, a propósito da ampliação do controle exercido pelo Poder Judiciário. O entendimento de que o controle judicial somente pode incidir sobre os “atos administrativos vinculados³²” vem sendo paulatinamente superado.

Como podemos notar, esses princípios, além de determinar como a Administração Pública deve funcionar, regem a conduta do gestor público que deve agir sempre em conformidade com o ordenamento jurídico e com a moral administrativa³³. Um dos meios de que se vale a Administração Pública para cumprir suas múltiplas atribuições e realizar as atividades decorrentes é a técnica contratual³⁴, tema do próximo item.

1.2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A teoria geral dos contratos é a mesma para os contratos privados e para os contratos públicos, porém, sem dúvida, os chamados contratos administrativos refletem características próprias, uma vez que em um dos lados estará sempre a Administração Pública, com toda sua gama de prerrogativas³⁵ e sujeições inerentes ao regime jurídico administrativo. A teoria do

²⁸Vladimir da Rocha França ressalta que este princípio é o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exige a produção de resultados positivos para o serviço público e o satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. Apud MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 96.

²⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 84.

³⁰BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 48.

³¹GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 128.

³²Quando se trata de ato vinculado, a Administração Pública deve demonstrar que o ato está em conformidade com os motivos indicados na lei. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 204.

³³Devemos lembrar que todos os agentes públicos são responsáveis pela fiscalização interna das condutas administrativas, sendo que qualquer irregularidade ou ofensa aos princípios do art. 37 da CF presenciada deve, no mínimo, ser comunicada ao respectivo Tribunal de Contas, sob pena de se tornarem cúmplices e serem responsabilizados solidariamente pela reparação dos eventuais danos. De regra, esta norma não é observada pelos administradores. PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 17.

³⁴MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 245.

³⁵As prerrogativas garantem à Administração posição superior às demais pessoas com quem se relaciona, fazendo com que estas relações não mantenham um nivelamento horizontal. Justifica-se a posição privilegiada pela finalidade administrativa, a busca do bem comum. Com efeito, estas prerrogativas administrativas são conferidas ao Poder

contrato administrativo³⁶ afastou-se da teoria do contrato privado, dispondo de certas prerrogativas para assegurar o interesse público, mas sem que haja sacrifícios dos direitos pecuniários do particular interessado.

Na definição de Hely Lopes Meirelles³⁷, contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.

A principal característica do contrato administrativo em relação ao contrato privado é a supremacia de poder da Administração Pública para fixar suas condições iniciais³⁸. Nasce desse privilégio administrativo, a faculdade de se impor as chamadas cláusulas exorbitantes³⁹ nos contratos administrativos, arroladas no art. 58⁴⁰ da Lei 8.666/93 como prerrogativas da Administração⁴¹. Tal posição de supremacia no contrato visa à proteção do interesse público.

Sílvio de Salvo Venosa⁴² explica que a Administração Pública pode celebrar contratos que são tipicamente de direito privado, como a compra e venda, troca, comodato e locação, bem como contratos administrativos propriamente ditos, que não encontram paralelo no campo privado, como concessão de serviço público, contrato de obra pública e de uso de bem público. Existem ainda, ao lado dos tipicamente administrativos, as formas mistas de contrato, cuja tipicidade decorre originalmente do Direito Civil, mas cujos princípios no caso concreto são públicos, como a empreitada e o empréstimo, por exemplo. Por certo que o fato de a

Público por força da autoridade e do princípio da supremacia do interesse público sobre o individual, com vistas à consecução do bem comum. Não tem equivalente nas relações privadas. Existem para possibilitar um melhor controle do equilíbrio social, tornando viável o convívio entre os cidadãos. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 39.

³⁶Na verdade, tanto os contratos administrativos clássicos, como os novos tipos contratuais incluem-se numa figura contratual, num módulo contratual. Tal afirmação pode ser feita se for deixada de lado a concepção restrita de contrato, vigente no séc. XIX, centrada na autonomia da vontade, na igualdade absoluta entre as partes e na imutabilidade da vontade inicial das mesmas. Se for retomada a ideia básica de contrato, predominante na Grécia clássica e no Direito Romano mais antigo, centrada no "intercâmbio de bens e prestações", regido pelo direito, pode-se cogitar de um módulo contratual, formado por vários tipos de contrato, com regimes jurídicos diversos. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 247.

³⁷MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 214.

³⁸Não é necessário que essas cláusulas estejam no bojo do contrato; podem decorrer diretamente da lei, de ato administrativo, ou podem vir implícitas como princípios gerais de direito público. O autor ressalta, ainda, que o contrato administrativo emana, em última análise, de um ato administrativo. A Administração pode revogá-lo, em razão de oportunidade e conveniência, porém neste caso, o contratante deve ser indenizado. Por outro lado, tal desigualdade é minimizada porque o particular tem protegido seu direito ao lucro, tendo em vista o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, e a integral garantia dos interesses que o levaram a firmar contrato com a Administração. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 577.

³⁹Exorbitante: É o que exorbita, que excede, ou o que vai além do autorizado ou que ultrapassa os limites do legitimamente consentido. Atos, ações ou fatos *exorbitantes* entendem-se em excesso, mostrando-se *abusivos e irregulares*, em virtude do que não podem produzir os efeitos jurídicos pretendidos por quem, ilicitamente, indevidamente, desautorizadamente, os praticou ou promoveu. CARVALHO, Gláucia; SLAIBI FILHO, Nagib. **De Plácido e Silva: Vocabulário Jurídico**. 28.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 589.

⁴⁰Art. 58: O regime jurídico dos contratos administrativos instituídos por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I- modificá-la, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II- rescindi-los unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III- fiscalizar-lhes a execução; IV- aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V- nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese de necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. §1º [...] e §2º [...].

⁴¹MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 253.

⁴²VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.576.

Administração Pública ser uma das partes no contrato não significa, obrigatoriamente, que a relação apresente natureza jurídica de contrato administrativo⁴³.

A Lei de Licitações⁴⁴, por exemplo, no parágrafo único do art. 2º, define:

[...] considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos e entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Assim, no cenário brasileiro, o contrato administrativo define-se como toda avença travada entre a Administração Pública e terceiros na qual a permanência do vínculo e as condições de seu cumprimento estão sujeitas a imposições de interesse público, assegurada, em qualquer circunstância, a proteção de patrimônio privado contratante.⁴⁵

1.3 CAPACIDADE PARA CONTRATAR E DISPONIBILIDADE DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Inicialmente relembremos que a Administração Pública⁴⁶ é, “sob a perspectiva material, o complexo de atividades desempenhadas imediatamente pelo Estado, tendo em vista os atendimentos das necessidades públicas”⁴⁷. Para exercer suas atividades, foi-lhe conferida uma capacidade fictícia, a de pessoa jurídica.

Além disso, a Administração Pública, através de seus órgãos e servidores, tem poderes⁴⁸ inerentes à sua função, sem eles não poderia fazer sobrepor-se o interesse público⁴⁹ ao interesse privado.

É muito importante aqui destacar que toda a atividade estatal dá-se com a administração de um patrimônio que é público⁵⁰. Assinala, ainda, Meirelles⁵¹, que falar em administração e

⁴³ Além de sua principal característica (conter cláusulas exorbitantes), em geral, os contratos administrativos são formais, onerosos, comutativos e pessoais (*intuitu personae*). Outra característica é a necessidade de prévia licitação, somente dispensável quando dispensada por lei.

⁴⁴ Lei nº 8.666/93, que regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

⁴⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 122.

⁴⁶ “Na amplitude desse conceito entram não só os órgãos pertencentes ao Poder Público como, também, as instituições e empresas particulares que colaboram com o Estado no desempenho de serviços de utilidade pública ou de interesse coletivo, ou seja, a Administração centralizada (entidades estatais) e a descentralizada (entidades autárquicas, fundacionais, empresariais e outras) e os entes de cooperação (entidades paraestatais)”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

⁴⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 13.

⁴⁸ Salienta Di Pietro que a palavra poder dá impressão de que se trata de faculdade da Administração, mas na realidade trata-se de poder-dever, dado ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade. Os poderes da Administração são, portanto, irrenunciáveis, pois são exercidos nos limites da lei. São poderes da Administração Pública: o poder normativo, o poder disciplinar, os decorrentes de hierarquia e o poder de polícia. Quanto aos chamados poder discricionário e vinculado, não existem como poderes autônomos, são, quando muito, atributos de outros poderes ou competências da Administração. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 86.

⁴⁹ Souza Júnior faz uma distinção a respeito do interesse público, classificando-o em interesses públicos primários e interesses públicos secundários. Refere que “enquanto os primeiros são aqueles que promovem e concretizam os valores eleitos pela sociedade como um todo: dignidade da pessoa humana, justiça, democracia, desenvolvimento econômico, proteção do meio ambiente, etc.; os segundos dizem respeito aos interesses patrimoniais do Estado ou suas entidades. O interesse público primário é correlato ao de atos de império – indisponíveis, e o de interesse secundário, ao de atos de gestão – disponíveis.” SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama. Sinal Verde para a Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas (A Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado). **Revista do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 241, p. 124-157, jul/set 2005, p. 140.

⁵⁰ Patrimônio Público é representado pelo conjunto de bens que pertencem ao domínio do Estado, e que se institui para atender a seus próprios objetivos ou para servir à produção de utilidades indispensáveis às necessidades coletivas. CARVALHO, Gláucia; SLAIBI FILHO, Nagib. De Plácido e Silva: **Vocabulário Jurídico**. 28.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1013.

administrador importa sempre a ideia de zelo e conservação de bens e interesses públicos, o que resulta que os poderes normais do administrador são simplesmente de conservação e utilização dos bens confiados à sua gestão.

Quanto à manifestação de vontade, que resultará na prática de um ato administrativo, assinala Carvalho Filho⁵² que o agente deve estar no exercício da função pública, pois a exteriorização da vontade é considerada como proveniente do órgão administrativo e não do agente como individualidade própria. O ato administrativo visa à produção de efeitos jurídicos, como o fim de atender ao interesse público. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, ou seja, o que para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.⁵³

O administrador público deve reunir capacidade especial, o que podemos chamar de competência. O elemento competência anda lado a lado com o da capacidade no direito privado, afirma Cretella Jr.⁵⁴. Para o autor há uma diferença da capacidade no direito público em relação ao direito privado. Explica que naquele se exige que, além das condições normais necessárias à capacidade, atue o sujeito da vontade dentro da esfera que a lei⁵⁵ traça. Como o Estado, pessoa jurídica que é, possui as condições normais de capacidade⁵⁶, fica a necessidade apenas de averiguar a condição específica, vale dizer, a competência administrativa de seu agente.

Dessa forma, qualquer afronta à especificidade que a lei impõe, para a exteriorização da vontade administrativa, pode levar à invalidação do ato por vício de legalidade, ou, ainda, na hipótese mais temida pela sociedade, à dilapidação do patrimônio público.

Não há dúvida que o administrador público dentro de sua esfera de competência e funções pode pactuar contratos administrativos.

A Lei da Arbitragem⁵⁷, no seu artigo 1º, e o Código Civil, no seu artigo 851, autoriza os sujeitos capazes de contratar e de dispor dos seus direitos patrimoniais a convencionarem compromisso arbitral. A nossa discussão confronta a capacidade da Administração Pública para firmar compromisso arbitral com os princípios constitucionais.

Geralmente, um contrato administrativo tem as mesmas características de um contrato qualquer, o que o diferencia é que o contratante é um administrador público, gerindo recursos e interesses públicos. No próximo capítulo discorreremos sobre a arbitragem, esclarecendo suas peculiaridades e estabelecendo uma relação com o juízo estatal, bem como de sua utilização pela Administração Pública.

⁵¹MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86.

⁵²CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 94.

⁵³MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88.

⁵⁴Apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 101.

⁵⁵Os poderes e deveres do administrador público são os expressos em lei, os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelo interesse da coletividade. Fora dessa generalidade não se poderá indicar o que é poder e o que é dever do gestor público, porque estando sujeito ao ordenamento jurídico geral e às leis administrativas especiais, só essas normas poderão catalogar, para cada entidade, órgão, cargo, função, serviço ou atividade pública, os poderes e deveres de quem os exerce. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 106.

⁵⁶Concebemos, assim como Salla, articulando Pontes de Miranda, “a plena capacidade das pessoas jurídicas como resultado da inexistência de limitações para se comprometer (capacidade negocial), ou seja, a capacidade de manifestar vontade que entre no mundo jurídico como negócio jurídico”. SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e Direito Público. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 22, Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 78-106, abr./jun. 2009, p. 81.

⁵⁷As referências à Lei de Arbitragem no presente estudo dizem respeito à Lei n. 9.307/96.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ARBITRAGEM

2.1 CONCEITOS E ASPECTOS HISTÓRICOS RECENTES DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A arbitragem⁵⁸, mecanismo extrajudicial de solução de conflitos, foi inserida definitivamente no Brasil pela Lei nº 9.307, de 23.09.96. Esta matéria sempre se fez presente na legislação, mas nunca se amoldara ao gosto e às necessidades pátrias, afirma Venosa⁵⁹. Talvez, porque, como explicara Miguel Reale⁶⁰, por ocasião da promulgação da Lei de Arbitragem, o hábito da arbitragem pressupõe certo desenvolvimento econômico e a verificação da necessidade de conhecimentos técnicos, envolvendo perícias altamente especializadas.

Carmona⁶¹ relembra a resistência histórica à arbitragem, atribuindo o fato aos empecilhos criados pelo antigo Código Civil, que maltratava o compromisso arbitral, pelo Código de Processo de 1939, que não avançava muito em termos de juízo arbitral, e pelo Código de Processo de 1973, grande obra jurídica, mas que ficou devendo tratamento vanguardeiro ao juízo arbitral⁶².

O processo de amadurecimento do instituto no Brasil não demorou muito e as opiniões pessimistas foram aos poucos sendo amenizadas. A arbitragem não se revelou método selvagem e abusivo de resolver litígios. Os meios alternativos de solução de controvérsia floresceram no Brasil, sem que houvesse a tão propalada revolta do Poder Judiciário contra os mecanismos extrajudiciais de solução de litígios. Ao contrário, os juízes perceberam que a soma de esforços para vencer a grande quantidade de pleitos e demandas trouxe benefícios para todo o país. A experiência acabou por demonstrar que a arbitragem jamais poderia substituir a atividade jurisdicional protagonizada pelo Estado. Entusiastas da arbitragem também viram que os males de que sofre o Poder Judiciário não seriam solucionados somente pela maior aceitação do instituto da arbitragem.⁶³

Para melhor compreensão da atual Lei de Arbitragem é preciso conhecer os dois obstáculos que o Código de Processo Civil de 1973 criava à utilização do instituto: o primeiro, a falta de previsibilidade legal para a inexecução da cláusula compromissória (o Código Civil de 1916 e o Código de Processo civil não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito); e, o segundo, que o diploma processual, exigia a homologação judicial do laudo arbitral. Isto eliminava as principais vantagens do instituto: o sigilo e a celeridade.

⁵⁸A arbitragem é “a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicadas ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na arbitragem existe o “julgamento” de um litígio por “sentença” com força de coisa julgada.” ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 14.

⁵⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 579.

⁶⁰Ao defender uso da arbitragem, o autor lembra que há questões que, pela própria natureza, não comportam rígidas respostas positivas ou negativas, ao contrário, implicam largo campo de apreciação equitativa, o que a justiça estatal talvez não pode alcançar. Apud VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 581.

⁶¹Esta realidade justificava a sensação de que a falta de tradição no manejo da arbitragem no Brasil fadaria o juízo arbitral ao total abandono. A desconfiança existia porque muitos juristas da época acreditavam que a arbitragem prestar-se-ia mais à proteção do capital e interesses estrangeiros em detrimento dos nacionais, ou, ainda, que viria a substituir com o tempo o seu próprio trabalho, sua função. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.19. Se analisarmos bem, não era de todo infundada a preocupação dos juristas com a economia, pois se analisarmos o contexto em que a Lei de Arbitragem entrou em vigor no Brasil, veremos que coincide com o momento de reforma e de mudança do modelo econômico brasileiro, iniciado à época pelo programa de governo do ex-presidente Fernando Collor de Mello, que era explicitamente de tendência neoliberal e previa uma extensa reforma do Estado, privatização das empresas estatais e abertura da economia à competição internacional.

⁶²CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 20.

⁶³CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 20.

No Código de Processo Civil vigente, encontraremos o Capítulo XVI, com o nome “Do juízo arbitral”, incluindo os artigos 1.072 a 1.102. No entanto, esse capítulo foi inteiramente revogado pelo art. 44 da “nova” Lei de Arbitragem.

Com a aprovação da Lei, a arbitragem no Brasil passou a ganhar maior credibilidade e a ser utilizada substancialmente no meio negocial. Além disso, há um esforço doutrinário para que esse diploma legal produza efeitos concretos e de alta intensidade na busca do seu objetivo principal, que é a solução dos conflitos patrimoniais por vias não judiciais.⁶⁴

Para Carlos Alberto Carmona⁶⁵, a arbitragem é uma técnica de solução de controvérsias onde uma ou mais pessoas recebem poderes de uma convenção privada e, sem intervenção do Estado, produzem uma decisão que assume eficácia de sentença judicial.

Concluindo, Marinoni e Arenhart⁶⁶ esclarecem que a arbitragem surgiu como forma alternativa de resolução dos conflitos, caminhando ao lado da jurisdição tradicional, com o objetivo de reduzir o formalismo exagerado do processo tradicional e dar maior agilidade na resolução dos problemas. Defendem, ainda, que a arbitragem pode dar soluções mais adequadas a diversas situações concretas de litígio.

Assim, a solução arbitral tem-se apresentado como uma alternativa interessante para a solução de litígios que envolvam pessoas capazes de contratar e que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis⁶⁷. José Augusto Delgado⁶⁸ ressalta que a arbitragem visa consolidar os anseios daqueles que estão insatisfeitos com a morosidade da prestação jurisdicional, que contribui para aumentar o grau de discórdia entre as partes e afronta o direito constitucional de ver o seu direito apreciado em tempo razoável.

2.2 DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS

O acordo no qual as partes interessadas a submeter seus litígios ao juízo arbitral, seja por meio de cláusula compromissória, seja por meio de compromisso arbitral (art. 3º da Lei 9.307/1996)⁶⁹, denomina-se de convenção de arbitragem.

Ao instituto jurídico da arbitragem foi atribuída natureza *sui generis*, tendo em vista que nasce da vontade das partes (caráter privado) para regular as relações de ordem processual (caráter público). A convenção arbitral aparece, primeiramente, na qualidade de contrato privado que disciplina matéria de interesse particular e, num segundo plano, à ordem pública, nacional ou internacional, à medida que se destina a compor litígios que, mesmo entre particulares, afeta essa ordem pública.⁷⁰

Cláusula compromissória e compromisso arbitral são espécies de convenção de arbitragem, que é o pacto através do qual se sujeita alguma questão (presente ou futura) ao juízo arbitral⁷¹. Os dois instrumentos servem para viabilizar a arbitragem. No entanto, a primeira é parte

⁶⁴ DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 230.

⁶⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 33.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Procedimentos especiais**. v.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 343.

⁶⁷ TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48.

⁶⁸ DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 236.

⁶⁹ Art. 3º da Lei 9.307/1996: As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem. Assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

⁷⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 152.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Procedimentos especiais**. v. 5.

integrante do contrato principal, definida antes de pretensa lide, pelo exercício da vontade das partes que, desde o início, pré-determinam a arbitragem como via extrajudicial para solução futura. O segundo é uma forma posterior de eleição de arbitramento, por meio de documento escrito, inserido depois do contrato principal. A primeira é celebrada pelas partes em um contrato, o segundo é assinado pelas partes em um litígio.

Embora ambos sejam contratos, o compromisso é um ato jurídico mais qualificado que a cláusula compromissória. Tanto assim que a Lei de Arbitragem exige que o compromisso contenha determinados requisitos obrigatórios (art. 10⁷²), além daqueles facultativos (art. 11⁷³), explica Carreira Alvim⁷⁴.

Para Marinoni e Arenhart⁷⁵, a arbitragem constitui-se em instrumento de ordem convencional, já que compete aos interessados decidirem sujeitar certa controvérsia à decisão de um árbitro – “renunciando” à tutela jurisdicional – decidindo, outrossim, a respeito da extensão dos poderes outorgados àquele para eliminar os conflitos.

O Código Civil em vigor, nos artigos 851 e 852⁷⁶, reforça o artigo primeiro da Lei 9.307/96, ou seja, de que é possível utilizar-se de árbitros desde que os contratantes tenham capacidade de contratar e desde que o litígio não diga respeito a questões de estado, de direito pessoal de família e de outras questões “que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

Como Venosa⁷⁷, pensamos que o conteúdo contratual do compromisso arbitral é acentuado tendo em vista que o juízo arbitral instalado pelo compromisso é exceção à regra geral tradicional, segundo o qual nenhuma causa poder ser suprimida do Poder Judiciário.

A convenção de arbitragem⁷⁸ gera entre os contratantes o compromisso inarredável de submeterem à jurisdição arbitral a solução dos conflitos que porventura venham a surgir como decorrência do contrato principal entre eles firmado, de maneira a excluir terminantemente a busca da tutela pretendida a ser conferida pelo Estado-juiz⁷⁹. Tanto através da cláusula compromissória quanto do compromisso arbitral, a convenção, ao ser pactuada, impede que os

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 350.

⁷²Art. 10: Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

⁷³Art. 11: Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III - o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros. Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

⁷⁴ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 275-276.

⁷⁵MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Procedimentos especiais**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 343.

⁷⁶Art. 851: É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar. Art. 852: É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

⁷⁷VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 580.

⁷⁸A convenção de arbitragem produz o efeito de desprezar a jurisdição ordinária em prol da jurisdição convencional ou privada. É a chamada eficácia negativa da convenção que ainda irradia, no que toca à cláusula compromissória (de forma inovadora no direito positivo brasileiro), a consagrada eficácia positiva, pois confere à parte o direito de exigir o cumprimento compulsório da obrigação de instituir a arbitragem. MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 208.

⁷⁹FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999, p. 191.

contratantes possam arrepende-se, ou seja, uma vez escolhida a submissão de eventual litígio à justiça privada, é nesta via que estes devem seguir.

Assim, surgindo o conflito, cabe às partes instituir a arbitragem, seja de boa-fé, com a feitura e assinatura do compromisso ou, forçosamente, através da instituição arbitral indicada (se previsto no Regulamento), se for o caso, ou por sentença judicial, que substitui a vontade da parte rebelde e configura o documento legal que fixa os limites e alcance do julgamento privado.⁸⁰

2.3 DOS ÁRBITROS

O art. 13 da lei brasileira de arbitragem define que “pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”. É do conceito de confiança que deriva o dever de transparência do árbitro, ou seja, o que para Selma Maria Ferreira Lemes⁸¹, é o dever de revelar fatos ou circunstâncias que possam abalar a confiança nas partes.

Desta forma, a fidúcia configura-se na “pedra de toque” do instituto da arbitragem e é traduzida na figura do árbitro; a escolha do mesmo é decisiva para o pleito⁸². Na prática, diante de uma indicação para atuar como árbitro, o provável árbitro deve verificar todos os seus relacionamentos presentes e passados com as partes ou com os grupos societários aos quais as partes estão vinculadas. Já, no caso de advogados que integram bancas, estes devem efetuar profunda verificação em seus arquivos a fim de certificarem-se de que não há nenhum motivo que os impeça de atuar.⁸³

O único requisito de caráter subjetivo imposto pelo legislador é que a pessoa, sobre a qual recairá a indicação e exercerá as funções de árbitro, esteja em gozo de sua plena capacidade civil. Inexiste qualquer outro requisito, afirma Figueira Júnior⁸⁴. A obrigação que o árbitro assume com as partes no procedimento arbitral é de cunho personalíssimo.

Selma Maria Ferreira Lemes⁸⁵ diz que para poder atuar como árbitro, a pessoa indicada deve ser independente e imparcial. A exigência dos princípios de independência e de imparcialidade constitui a garantia de um julgamento justo e é o baluarte de uma justiça honesta.

A atividade do árbitro é voltada para composição do litígio e, mesmo exercida em sede privada, é impregnada de autoridade pública. Por isso, à decisão do árbitro atribuiu-se o caráter de sentença, o que significa que a decisão do árbitro terá caráter definitivo e imutável (art. 18⁸⁶ da

⁸⁰MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 210-211.

⁸¹Ao que diz respeito ao conteúdo do dever de revelação do árbitro, salientamos que o árbitro deve se colocar no lugar das partes e indagar a si, se fosse parte, se gostaria de conhecer tal fato. Portanto, a amplitude e a razoabilidade do que revelar deve ser avaliada na visão do árbitro cumulada com a das partes. LEMES, Selma Maria Ferreira. A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 26. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 21-34, abr./jun. 2010, p. 24 e 26.

⁸²COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. **Arbitragem e a lei nº 9.307/96**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 70.

⁸³LEMES, Selma Maria Ferreira. A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 26. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 21-34, abr./jun. 2010, p. 26.

⁸⁴FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 197.

⁸⁵A respeito dos princípios que regem a atividade dos árbitros, independência e imparcialidade, podemos dizer, nas palavras de Selma Maria Ferreira Lemes, que estes representam *standards* de comportamento. Ela explica que a independência do árbitro está vinculada a critérios objetivos de verificação, para que, no cumprimento de seu dever, não ceda a pressões nem de terceiros nem das partes. Já a imparcialidade vincula-se a critérios subjetivos e de difícil aferição, pois externa um estado de espírito. LEMES, Selma Maria Ferreira. A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 26. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 21-34, abr./jun. 2010, p. 22-23.

⁸⁶Art. 18: O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Lei de Arbitragem), só impugnável quando possua vícios formais ou ofensa à Ordem Pública Nacional. Por esta razão exige-se enorme grau de responsabilidade por parte deles.⁸⁷

Para Jonathan Barros Vita⁸⁸, o árbitro tem a capacidade dada pelo sistema para a emissão de normas individuais e concretas com conteúdo de juridicidade e possibilidade de coerção através do sistema de acesso ao sistema político, por meio de norma secundária, reforçando sua característica de juridicidade.

Explica Venosa⁸⁹ que os árbitros desempenham no compromisso arbitral a mesma função do juiz togado, ficando sujeitos a idênticas responsabilidades, proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção (art. 13, §6º, da Lei de Arbitragem). Assim, para Selma Maria Ferreira Lemes⁹⁰, os árbitros não podem ser responsabilizados pela maneira como cumprem sua função jurisdicional, só podem ser responsabilizados por desvio de conduta pessoal. Assim, para efeitos da legislação penal, o árbitro equipara-se aos funcionários públicos, conforme o disposto no artigo 17⁹¹ da Lei de Arbitragem.

Carreira Alvim⁹², ao diferenciar os poderes conferidos ao árbitro e ao juiz togado, esclarece que o árbitro

[...] dispõe da *iurisdictio*, o que importa na *cognitio*, e que lhe permite fazer justiça, por convenção das partes, em nome do Estado, que é afinal quem garante a autoridade dos seus julgados. Por não dispor do poder de império, não pode o árbitro determinar a condução coercitiva de uma testemunha recalcitrante. Se a testemunha deixar de comparecer sem justa causa, poderá o árbitro ou presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que a faça conduzir, comprovando a existência da convenção de arbitragem (art. 22, §2º, Lei de Arbitragem).

Desta forma, “diz-se, do árbitro, então, que é titular da *iurisdictio*; pode “dizer o direito”, solucionar a lide, mas é despido de *imperium*⁹³ – demarca-se, assim, um limite a seus poderes.”⁹⁴

Já Selma Ferreira Lemes⁹⁵ explica que a independência do juiz estatal é tratada em relação ao poder político, à liberdade hierárquica, de organizações profissionais, por sua vez o árbitro é um juiz eventual e não se subordina a nenhuma hierarquia e, se experimenta a interferência do Estado, é no limite do interesse em litígio.

⁸⁷COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. **Arbitragem e a lei nº 9.307/96**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 75.

⁸⁸VITA, Jonathan Barros. O desenvolvimento continuado de uma nova visão da interação entre a arbitragem e o poder público. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 203.

⁸⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 594.

⁹⁰LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro: princípios da Independência e da Imparcialidade**. São Paulo: LTR, 2001, p.158.

⁹¹Art. 17: Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

⁹²ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 394.

⁹³O aspecto predominante da noção de *imperium* é o poder de constrição que não pode ser dissociada da ideia de Estado. Jarroson explica que “o *imperium* engloba tudo relacionado à força pública, ao poder de comando e de constrição, relevantes ao Estado. O poder de constrianger provém da soberania e se limita pela aplicação do princípio da territorialidade. Tão só por intermédio de seus agentes ou de pessoas delegadas, o Estado pode exercê-lo de modo concreto.” JARROSSON, Charles. Reflexões sobre o *Imperium* (Clássicos da Arbitragem). **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 27. Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 203-231, jul-set/2010, p. 205.

⁹⁴JARROSSON, Charles. Reflexões sobre o *Imperium* (Clássicos da Arbitragem). **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 27. Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 203-231, jul-set/2010, p. 204.

⁹⁵LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro: princípios da Independência e da Imparcialidade**. São Paulo: LTR, 2001, p.195.

A constrição dos poderes do árbitro não se esgota na condução de testemunha, podendo fazer-se necessária também na busca e apreensão de coisas e ou documentos, nas medidas cautelares e nos provimentos antecipatórios, exigindo a colaboração do órgão do Poder Judiciário também para esses fins.

O parágrafo único do art. 8º⁹⁶ da Lei de Arbitragem atribui aos árbitros o poder de decidir sobre a existência, validade e eficácia da cláusula e do compromisso, bem como do próprio contrato que contenha a cláusula compromissória. Neste sentido, Carmona⁹⁷ afirma que se consagrou a autonomia da cláusula compromissória, pois mesmo que o contrato seja viciado, a mesma sorte não terá necessariamente a cláusula compromissória inserida nele. Este poder decorre do princípio da autonomia da cláusula compromissória o que significa que o árbitro tem competência para decidir sobre sua competência (*Kompetenz- kompetenz*). Ou seja, na explicação de Martins e outros⁹⁸, o árbitro se encontra autorizado a apreciar de ofício sua própria competência, inclusive quanto às exceções relativas à existência e validade do acordo de arbitragem.

2.4 DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

A tutela prestada pela arbitragem é favorecida pela sensível simplificação das formas de seu procedimento, pois, o mesmo não se pauta por regras preestabelecidas e fixas, sendo as partes livres para traçar parâmetros para a atuação dos árbitros.⁹⁹

O procedimento arbitral, diferentemente do procedimento tradicional, inicia quando o árbitro aceita o encargo. A aceitação do encargo pelo árbitro ou pelos árbitros não depende de formalidade alguma, entendendo-se que o aceitou se desde logo tomou providências para o prosseguimento do procedimento (recebimento de manifestações das partes, expedição de notificações etc). Mesmo a instituição da arbitragem pela via judicial exige a aceitação do árbitro indicado para solucionar o conflito.

Já, a primeira providência a ser tomada pelo árbitro é esclarecer quais os pontos que serão discutidos e qual a extensão de seus poderes, pois havendo a necessidade de explicitar alguma matéria, objeto da convenção, as partes em conjunto com os árbitros, prepararão e firmarão o adendo ou termo aditivo, o qual passará a fazer parte integrante da referida convenção.¹⁰⁰

O processo arbitral¹⁰¹ está vinculado a princípios inderrogáveis pelas partes e de inescusável cumprimento, haja vista consubstanciar perante a lei brasileira causa de nulidade da

⁹⁶ Art. 8º: A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

⁹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 37.

⁹⁸ MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 105.

⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: Martins, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTR, 2002, p. 329.

¹⁰⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 207.

¹⁰¹ É do entendimento de Carmona que, no procedimento arbitral, restaram fortalecidos os princípios básicos do devido processo legal. Completa sua afirmação referindo que a regra é a de que as partes podem adotar o procedimento que bem entenderem desde que respeitem os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu convencimento racional, bem como que, se nada dispuserem sobre o procedimento a ser adotado e se não se reportarem a regras de algum órgão institucional, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral ditar as normas a serem seguidas. Tanto a vontade das partes quanto a dos árbitros encontram limitações na natureza e finalidade da arbitragem, bem como na própria Lei. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 42.

sentença arbitral, a teor do disposto no art. 32, inciso VIII. Pedro A. Batista Martins e outros¹⁰² explicam que a comissão de redação da lei de arbitragem teve como norte a teoria garantista do procedimento arbitral. Está disposto no art. 21, § 2º, da Lei, que o procedimento arbitral obedecerá ao que for estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, podendo este reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, ou, ainda, ao que as próprias partes delegarem ao árbitro ou ao tribunal arbitral. Em todo o caso, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento deverão sempre ser respeitados.

Conveniente que, assim como no processo comum, o árbitro ou ao tribunal, no início do procedimento, em audiência designada para este fim, tente conciliar as partes.

A instrução processual deve respeitar as regras estabelecidas no art. 22, ou seja, seja qual for o procedimento arbitral definido, o árbitro ou o colégio poderá sempre tomar o depoimento pessoal das partes, ouvir testemunhas, determinar ou rejeitar a realização de perícias, assim como decidir a respeito de documentos e qualquer outra prova, seja a requerimento das partes ou de ofícios.¹⁰³

No procedimento arbitral, as medidas coercitivas ou cautelares deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, bem como acesso a livros contábeis ou documentos em poder de terceiros ou do Poder Público proceder-se-á por permissão judicial.

Nesta senda, contempla Dinamarco¹⁰⁴, dizendo que “o árbitro não tem poder de exercer constrições sobre pessoas ou coisas, em busca da efetividade da tutela, mas lhe é lícito impor sanções ao descumprimento, agravando a situação jurídico-substancial do inadimplente”.

Como se pode notar, o árbitro, no procedimento arbitral, apesar da restrição de seu poder para deferir medidas cautelares, possui mais liberdade para atuar no caso sob sua jurisdição sendo, portanto, mais célere a solução.

2.5 DA SENTENÇA ARBITRAL

No Brasil, com a vigente Lei de Arbitragem, as decisões arbitrais nunca se sujeitam ao controle jurisdicional estatal no que se refere ao mérito da causa e possíveis erros *in judicando*. Em outras palavras, a sentença arbitral independe de homologação judicial, como era exigida no processo anterior. A sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (art. 31¹⁰⁵)¹⁰⁶. Assim, a sentença arbitral condenatória é título executivo judicial.

Arnoldo Wald¹⁰⁷ explica que há duas formas previstas na legislação brasileira para se desconstituir a sentença arbitral, já que a lei não admite a interposição de recurso, dizendo:

O único modo de impugná-la é através da ação de nulidade, nos casos previstos no artigo 33, sem efeito suspensivo, não impedindo, portanto a execução da sentença arbitral. Em havendo execução, no entanto, conforme disposto no artigo

¹⁰² MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 95.

¹⁰³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 211.

¹⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: Martins, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTR, 2002, p. 330.

¹⁰⁵ Art. 31: A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

¹⁰⁶ TÁCITO, Caio. O juízo arbitral em Direito Administrativo. In: Martins, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTR, 2002, p. 23.

¹⁰⁷ WALD, Arnoldo. A recente Evolução da arbitragem no direito brasileiro (1996-2001). In: Martins, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTR, 2002, p. 155.

33, § 3º, da lei c/c o artigo 739, § 1º do CPC, poderão ser oferecidos embargos do devedor, estes sim suspensivos.

A definitividade dos pronunciamentos dos árbitros é efeito do livre exercício da autonomia da vontade pelos litigantes, manifestada quando optam por esse meio alternativo. Essa singela e óbvia constatação vale como reflexão destinada a advertir contra os exageros em provocar o controle judicial das sentenças arbitrais, é o que bem destaca Dinamarco.¹⁰⁸

Apesar da sentença arbitral não se sujeitar a recurso de qualquer natureza, a parte interessada poderá requerer ao árbitro, no prazo de cinco dias contados da ciência da decisão, que corrija eventual erro material, omissão ou contradição, à semelhança dos embargos de declaração, previsto no Código de Processo Civil.¹⁰⁹

Para Venosa¹¹⁰, a lei arbitral concedeu ampla autonomia ao juízo e à sentença arbitral. No sistema revogado, a par da inexecutoriedade da cláusula compromissória, era grande a ligação da arbitragem com o Poder Judiciário devido à necessidade de sua homologação. Hoje, embora abolida a homologação obrigatória do laudo arbitral para que ele produzisse os mesmos efeitos da sentença estatal, pode a parte interessada pleitear ao juiz togado a anulação da decisão arbitral, casos relacionados no art. 32.¹¹¹

Assemelhada à sentença judicial, a decisão arbitral deve ser dada em documento escrito e deve atender a certos requisitos, dispostos no art. 26¹¹² da Lei 9.307/1996, dos quais o relatório, a fundamentação e o dispositivo, além de indicar a data e o local em que foi dada e estar assinada pelo árbitro ou pelos árbitros que a elaboraram.

Desta forma, percebemos que a sentença arbitral é “pacificadora de conflitos sociais, econômicos, comerciais e políticos, seja de ordem interna, seja de ordem internacional, de forma muito mais simplificada, célere e menos onerosa às partes.”¹¹³

No próximo capítulo, analisaremos a utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública, levando em consideração a legislação existente a este respeito, as características deste tipo de procedimento jurisdicional e os princípios constitucionais que norteiam a atividade administrativa do Estado.

3 ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 PREVISÕES LEGISLATIVAS PARA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

¹⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: Martins, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTR, 2002, p. 330-331.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Procedimentos especiais. v. 5**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 363.

¹¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 580.

¹¹¹ 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.

¹¹² Art. 26: São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio; II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV - a data e o lugar em que foi proferida. Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

¹¹³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 258.

A questão do uso da arbitragem pela Administração Pública no Brasil já foi mais controversa, o que se verifica hoje é uma maior aceitação do instituto para a solução dos litígios envolvendo o Estado como contratante, inclusive com autorização legislativa para tanto. Vale dizer, no entanto, que a Lei de Arbitragem, primeira lei promulgada no Brasil exclusivamente sobre o tema, não possui nenhum artigo que expressamente autorize a arbitragem pela Administração Pública.

O art. 1º, da Lei de Arbitragem, trata de quem pode ser parte em uma arbitragem: “As pessoas capazes poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios”. Conforme Salla¹¹⁴, “à primeira vista, não importaria se a pessoa fosse física ou jurídica, tampouco pública ou privada, para que se tornasse apta a lançar mão de procedimento arbitral”, referindo que bastaria apenas que a pessoa fosse capaz, como dita a lei.

Como vimos, em relação à capacidade da Administração Pública não haveria óbices. Entendemos que a maior dificuldade ocorre quando se fala do objeto do contrato que contenha cláusula arbitral, ou seja, que o contrato deve envolver “direitos patrimoniais disponíveis”. Neste sentido, para a Administração Pública convencionar cláusula arbitral, o que se incluiria no conceito de “direitos patrimoniais disponíveis” de que trata a autorização do art. 1º da Lei de Arbitragem? Ela não diz.

Por outro lado, apesar da Lei de Arbitragem não apresentar regra específica autorizando a Administração Pública a pactuar cláusula arbitral, há regras esparsas no nosso ordenamento que vislumbram a inclusão de cláusula arbitral em contratos pactuados entre a Administração e particulares.¹¹⁵

O Estado frequentemente delega a outras pessoas a prestação de serviços, o que chamamos de descentralização dos serviços. Ocorre espécie de delegação legal quando as atividades são executadas por pessoas integrantes da própria Administração. Quando os serviços são transferidos a pessoas da iniciativa privada, constitui-se a hipótese de delegação negocial¹¹⁶. É neste tipo de descentralização dos serviços que entram em campo os contratos de concessões e permissões de serviços públicos¹¹⁷ de que tratam as duas leis que, expressamente, permitiram o uso da via arbitral pela Administração Pública - as Leis nº 8.987/1995 e nº 11.079/2004¹¹⁸. A primeira, em seu artigo 23-A¹¹⁹, incluído pela Lei nº 11.196, de 2005, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, prevista no art. 175¹²⁰ da

¹¹⁴ SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e Direito Público. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 22, Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 78-106, abr./jun. 2009, p. 80.

¹¹⁵ Lembramos que nossa análise, a utilização da arbitragem pelo Poder Público, leva em consideração, fundamentalmente, a legislação federal.

¹¹⁶ “A delegação negocial – assim denominada por conter inegável aspecto de bilateralidade nas manifestações volitivas – se consuma através de negócios jurídicos celebrados entre o Poder Público e o particular, os quais se caracterizam por receber, necessariamente, o influxo de normas de direito público, haja vista a finalidade a que se destinam: o atendimento a demandas (primárias e secundárias) da coletividade ou do próprio Estado”. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 347.

¹¹⁷ Conforme definição de Meirelles, contrato de concessão de serviço público é todo aquele que “[...] tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento, aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de uma tarifa cobrada aos usuários. É comum, ainda, nos contratos de concessão de serviço público a fixação de um preço, devido pelo concessionário ao concedente a título de remuneração dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução do ajuste, a cargo deste último”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 264.

¹¹⁸ Além destas leis, temos a Lei nº 9.478/1997, que dispõe sobre a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, e a Lei nº 10.233/2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviários e terrestre, ambas contendo autorização para a arbitragem pela Administração Pública.

¹¹⁹ Conforme a Lei 8.987/1995, no art. 23-A: O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. ([Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#)).

¹²⁰ Art. 175: Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas

Constituição Federal. A segunda, lei que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, em seu artigo 11¹²¹.

Ressaltamos que a lei que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, Lei nº [8.987, de fevereiro de 1995](#)¹²², quando promulgada, não trazia a autorização para a inclusão da arbitragem nos contratos, esta foi incluída dez anos depois pela Lei nº 11.196, que gerou o art. 23-A, anteriormente referido.

Já a Lei nº 11.079/2004, introduziu em nosso sistema jurídico as chamadas parcerias público-privadas, podendo ocorrer sob duas modalidades de concessão de serviço público, que são a concessão patrocinada (quando a concessão do serviço ou obra pública envolver uma contraprestação do Poder Público adicionalmente à tarifa cobrada aos usuários) e a concessão administrativa (quando a remuneração do serviço é feita integralmente pela Administração, ainda que ele envolva execução de obra ou fornecimento de bens)¹²³. Como podemos notar, nessas modalidades, “o Estado concedente tem a obrigação de oferecer ao concessionário determinada contrapartida pecuniária.”¹²⁴

Ao contrário da Lei nº 8.987/95, que incluiu a arbitragem em 2005, através da Lei nº 11.196, a Lei nº 11.079/2004 trouxe desde sua criação o art. 11, prevendo “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”.

Podemos notar que a permissividade explícita para a utilização da arbitragem pela Administração Pública ocorreu em leis posteriores à aprovação da Lei da Arbitragem, pois esta não autorizou a utilização da arbitragem pelo Poder Público.

Observamos é que na prática a cláusula arbitral vem sendo utilizada nos contratos administrativos em geral e a sua inclusão é discutida em tribunais que, por vezes, apresentam visões distintas.

Há tribunais que utilizam o art. 1º da Lei de Arbitragem para interpretar como possível a arbitragem em contratos administrativos diversos, basicamente entendendo o direito envolvido no contrato como direito patrimonial disponível. É o caso da decisão do Superior Tribunal de Justiça, no caso AES Uruguaiana x CEEE¹²⁵, que julgou pela compatibilidade do mecanismo arbitral de solução de controvérsias com contratos celebrados entre particulares e sociedade de economia mista, que no voto proclamou

[...] pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versam sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de

concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

¹²¹ Conforme a Lei 11.079/2004, no art. 11: O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os [§§ 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.

¹²² A Lei nº 8.987/95 é uma lei nacional, no que diz respeito às normas gerais, que se aplicam indistintamente a todos os entes federados: Estados, Distrito Federal e Municípios. Isto, todavia, não os exime de aprovar sua própria lei, como dispõe o art. 175 da Constituição Federal.

¹²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 265.

¹²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 10º ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 349.

¹²⁵ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 2003/0205290-5, Acórdão nº 606.345, 2007.

bens, suscetíveis de produzir renda e lucro -, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei nº 9.307/1996 – estatui que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Por outro lado, decisão do Tribunal de Contas da União, em caso envolvendo validação de cláusula arbitral ajustada por uma empresa pública com particulares, declarou:

[...] a aplicação aqui da cláusula de compromisso arbitral encontra um óbice intransponível, qual seja a ausência de autorização legal. O fato de a outras modalidades de contratos administrativos ser possibilitada a inclusão de cláusula de arbitragem, tal como previsto no inciso X do art. 43 da Lei nº 9.478/1997¹²⁶, não permite a extensão por analogia desses dispositivos às avenças aqui tratadas. A Administração é regida pelo princípio da legalidade e a arbitragem é cláusula de exceção a regra de submissão dos conflitos ao Poder Judiciário, somente podendo ser aplicada com expressa autorização legal.¹²⁷

Nada obstante, as diferenças nas decisões judiciais acima elencadas, a doutrina entende que a indisponibilidade dos bens da Fazenda Pública não necessariamente importa em total exclusão da viabilidade jurídica de transacionar sobre eles, inclusive na esfera da arbitragem, desde que haja autorização legal para a Administração assim proceder. Assim, somente poderia ser estipulada a via arbitral nos contratos administrativos relativos às parcerias público-privadas e às concessões e permissões para a prestação de serviços públicos, onde há previsão legal para tal. Somente desta forma a Lei de Arbitragem passaria a reger as relações que envolvem o Poder Público, em detrimento das regras estatais de jurisdição.

Percebemos que a utilização da arbitragem pela Administração Pública passa, primeiramente, pela interpretação do art. 1º da Lei de Arbitragem, que atualmente regula a matéria em solo brasileiro, em seus aspectos gerais, principalmente ao que diz respeito ao entendimento do que seja para a Administração Pública “direitos patrimoniais disponíveis”.

O que, em termos direitos patrimoniais do Poder Público, inclui-se neste conceito de disponibilidade é de difícil delimitação. Alguns autores¹²⁸ fazem distinção entre interesses públicos primários e secundários. Os interesses públicos primários seriam aqueles que promovem e concretizam os valores eleitos pela sociedade como um todo: dignidade da pessoa humana, justiça, democracia, desenvolvimento econômico, proteção ao meio ambiente, por exemplo. Já os interesses públicos secundários seriam interesses patrimoniais do Estado ou suas entidades. O interesse público primário teria relação com os atos de império, que são indisponíveis, e o de interesse secundário, ao de atos de gestão, disponíveis, portanto.¹²⁹

Para Eduardo Talamini¹³⁰, a indisponibilidade do interesse público é

¹²⁶ Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Do Contrato de Concessão. 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; [...].

¹²⁷ Tribunal de Contas da União, Processo nº 005/250/2002-2, Acórdão nº 584/2003.

¹²⁸ Este é o entendimento, entre outros, de Hely Lopes Meirelles (**Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 254) e Eros Roberto Grau (Arbitragem e o Contrato Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 23, p. 14-20, 2000, p. 18-19.).

¹²⁹ Souza Júnior, Lauro da Gama. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado). **Revista do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 124-167, jul/set 2005, p. 140.

¹³⁰ TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e PPP: Parcerias Público Privadas um Enfoque Multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 338.

[...] decorrência direta do princípio constitucional republicano: se os bens públicos pertencem a todos e a cada um dos cidadãos, a nenhum agente público é dado desfazer-se deles a seu bel-prazer, como se estivesse dispondo de um bem seu particular.

Continua seu argumento explicando que há casos em que o Estado, em nome de outros valores constitucionais e observadas determinadas condições, pode dispor do bem jurídico entendido como indisponível.

Neste senda, Eros Roberto Grau¹³¹ afirma que a medida do interesse público é a legalidade, salientando, ainda, que

[...] não há correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados.

Uma alternativa para evitar conflitos que envolvam dúvida sobre interesses patrimoniais disponíveis e para a proteção dos direitos públicos e individuais, é a complementação legislativa do artigo 25¹³², da Lei de Arbitragem, que prevê que o árbitro remeterá as partes à autoridade competente, ou seja, Poder Judiciário, com a suspensão do procedimento arbitral.

Entretanto, mesmo havendo esta previsão legal, esta decisão está na mão do árbitro; para o árbitro tal distinção pode ser problemática. Como ele vai saber se o direito envolvido em uma lide envolvendo um contrato administrativo é estritamente um direito patrimonial disponível, deixando, então, de questionar o Judiciário?

Uma redundância do texto da Lei nº 9.307, é compreender como patrimonial toda gama de negócios (compra, venda, empreitada) que envolvam bens que possuam mensuração econômica, quando, na verdade, tudo é apreciável economicamente, ainda que tal apreciação seja feita por equiparação ou recondução a valores economicamente mensuráveis, inclusive bens jurídicos que conhecemos neste trabalho como os de interesse público primário¹³³, na hipótese, indisponíveis. Para Eros Roberto Grau¹³⁴, a atividade econômica do Estado toma sentido amplo, ou seja, que é todo tipo de atividade desenvolvida no campo econômico, subdividindo-se em duas formas: atividade econômica em sentido estrito e serviço público. Então, conforme esta premissa, “qualquer forma de atuação ou de transação da titularidade de bens pode ser economicamente mensurável, do que qualquer atuação do Estado de forma direta e participativa acaba por ser uma atividade econômica em sentido amplo”¹³⁵ e, portanto, disponível(?).

3.2 LIMITES E POSSIBILIDADES DO USO ARBITRAGEM NA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO ART. 37, *CAPUT*

O entendimento de muitos juristas e doutrinadores¹³⁶ é de que a Lei de Arbitragem permitiu que a Administração fosse capaz de pactuar cláusula compromissória. No entanto, como

¹³¹ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, v. 3, n. 2, p. 49-58, jul./dez. 2002, p. 50.

¹³² 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.

¹³³ É possível, por exemplo, que a dignidade da pessoa humana tenha um preço, que a justiça tenha um preço, que o desenvolvimento econômico tenha um preço.

¹³⁴ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica. 2.ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1991.

¹³⁵ VITA, Jonathan Barros. O desenvolvimento continuado de uma nova visão da interação entre a arbitragem e o poder público. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p.207.

¹³⁶ Este é o entendimento de Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*. 34.ed. São Paulo: Malheiros,

já dissemos, ela não foi explícita, não sabemos até que ponto, na sua criação, sua intenção é de que fosse dirigida também a conflitos contratuais envolvendo a Administração Pública.

Meirelles¹³⁷, por exemplo, ao comentar a questão, entende que a Lei nº 9.307, de 1996, permitiu que também a Administração Pública direta e indireta, como pessoa capaz de contratar que é, pudesse valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Não há qualquer impedimento para que entes da Administração direta e indireta sejam partes também em processo arbitral, afirma Klein, sendo esta parte da capacidade genérica do ente estatal para contratar¹³⁸. Lembra que a entidade pública apresenta também uma capacidade específica para dispor dos direitos patrimoniais, a qual é verificada em termos de competência. Para que o ente público possa validamente praticar os atos necessários para firmar cláusula e compromisso arbitrais, instaurar e participar de processo arbitral, por exemplo, é necessário que detenha competência e que atue dentro dos limites desta.

Nossa maior preocupação não gira em torno da capacidade da Administração Pública para contratar, mas é com o entendimento e a aceitação de que o Estado possua direitos patrimoniais disponíveis, tão disponíveis a ponto de terem seus direitos e deveres sendo resolvidos em uma via privada de jurisdição, que é a arbitragem.

O que é direito patrimonial disponível? Esta noção apresentada pelos doutrinadores parece ser a questão problemática para utilização da arbitragem pela Administração Pública. O assunto não é transparente. Há dificuldades em determinar quais são os direitos disponíveis para Administração Pública, principalmente, em relação ao que envolve o patrimônio público.

Sabemos que no nosso país a corrupção impregna os órgãos públicos, e as funções públicas se confundem com os interesses particulares, esta frase por si só demonstra o perigo de interpretar o art. 1º da Lei de Arbitragem de forma tão ampla, incluindo nele a possibilidade da Administração Pública pactuar cláusula arbitral.

Parece-nos que, para sanar estas lacunas deixadas pelo art. 1º da Lei de Arbitragem, o Poder Legislativo inseriu no ordenamento leis esparsas autorizando a Administração Pública a pactuar juízo arbitral, dentre as quais, a Lei nº 11.196/2005, que modificou a Lei nº 8.987/95 e a Lei nº 11.079/2004, autorizando o uso do instituto para solucionar problemas envolvendo contratos de concessão de serviços públicos, que são contratos administrativos por natureza, portanto, regidos pelo regime jurídico do direito público.

O tema é novo, está na ordem de adaptações e entendimentos práticos e teóricos e, portanto, precisa ser explorado com mais afinco. Não podemos deixar de lembrar, mais uma vez, que estamos na esfera do Poder Público o qual desenvolve suas atividades trabalhando com os interesses e recursos públicos. No que tange às pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios e Autarquias), em linha de princípios, estão excluídas da possibilidade jurídica de solucionar conflitos internos através da arbitragem, em face da indisponibilidade dos bens da Fazenda Pública, donde decorre o interesse público que é ínsito à própria lide.¹³⁹

2008, p. 255), de Ricardo Medina Salla (Arbitragem e Direito Público. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 22, Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 78- 106, abr./jun. 2009, p. 103-104) e Eros Roberto Grau (Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, n. 18, São Paulo: RT, p. 395-404, out./dez. 2002, p. 398-399).

¹³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 249.

¹³⁸ KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas Concessões de Serviço Público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

¹³⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 176.

Para Figueira Júnior¹⁴⁰, a relevância do tema diz respeito à identificação das hipóteses (matéria) em que o Estado e as pessoas jurídicas de direito público, em geral, podem ou não podem ser partes em demandas que buscarão a solução dos conflitos perante a jurisdição privada.

Conforme Lise de Almeida e Sérgio de Freitas Costa¹⁴¹, mesmo autorizada a celebrar convenção de arbitragem com o particular, conforme as leis a que nos referimos no item anterior, há que se investigar as particularidades do processo arbitral envolvendo o ente público, pois as leis “não disciplinam detalhes do processo arbitral propriamente dito, nem fazem alusão a qualquer especificidade no tratamento a ser conferido à Administração Pública”.

Muitos estudiosos defendem que a utilização da arbitragem é de extrema importância para o êxito das contratações públicas em virtude da fragilidade e morosidade do Poder Judiciário brasileiro, pois o investidor passaria a sentir-se mais seguro para realizar seus investimentos em projetos de infra-estrutura¹⁴². A via arbitral, no entendimento de Vita¹⁴³, utiliza-se mais soluções mediadas ou conciliadas, com o objetivo de dar maior grau de satisfação aos usuários. A decisão de força tomada pelo juiz, em contraposição àquela, não teria como preocupação principal uma decisão satisfatória para as partes.

Defendendo a possibilidade da utilização da arbitragem pelo poder público, Timm¹⁴⁴, sustenta:

É mais do que tempo de o Estado descer do seu pedestal e virar um colaborador do seu cocontratante, gerando ganhos para ambas as partes, maior eficiência à sociedade. (...) Supõe-se que essa atitude colaborativa seja a que trará maiores incentivos ao investimento privado, sem com isso gerar qualquer prejuízo ao interesse público (...).

O uso da arbitragem representaria segurança de que o contrato será respeitado e de que os conflitos envolvendo a contratação serão resolvidos de forma célere e por árbitros especializados, visto que tais contratos, envolvendo a Administração Pública, sofrem interferências políticas, com conseqüências na liberação de verbas e no cumprimento do cronograma das obras que dificultam a execução do contrato e a amortização dos investimentos nos prazos previstos.¹⁴⁵

Reforçando esta idéia, Klein¹⁴⁶ explica que a atual configuração do Estado, vinculada à transformação da Administração Pública, exige a utilização da arbitragem. Lembra que para realizar os objetivos estabelecidos em conformidade com o aparato legal, a Administração Pública nem sempre se utiliza de uma decisão unilateral e autoritária, em outras palavras, muitas vezes da

¹⁴⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 177.

¹⁴¹ ALMEIDA, Lise de; COSTA, Sérgio de Freitas. Prerrogativas da Administração Pública no Processo Arbitral: um Imperativo? **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 25. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 76-83, jan./fev./mar. 2010, p. 77.

¹⁴² NARDI, Luciana. **A arbitragem na administração pública**. Tribunal Arbitral de São Paulo-Mediação e Arbitragem. Disponível em: <http://www.taspvm.com.br/artigos/artigosrecentes_27.htm> Acesso em: 17 out. 2011.

¹⁴³ VITA, Jonathan Barros. O desenvolvimento continuado de uma nova visão da interação entre a arbitragem e o poder público. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 203-204.

¹⁴⁴ TIMM, Luciano Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago. Os contratos administrativos e a arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 29. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 43-59 jan./fev./mar. 2011, p. 45.

¹⁴⁵ NARDI, Luciana. **A arbitragem na administração pública**. Tribunal Arbitral de São Paulo-Mediação e Arbitragem. Disponível em: <http://www.taspvm.com.br/artigos/artigosrecentes_27.htm> Acesso em: 17 out. 2011.

¹⁴⁶ KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas Concessões de Serviço Público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

decisão participam outros entes administrativos e particulares. Isto em decorrência da constatação de que o interesse público resulta da conjugação e ponderação de uma pluralidade de interesses.

Se analisarmos com atenção e profundidade as visões dos autores transcritas a pouco, perceberemos que a preocupação e a vantagem de que se fala é de um benefício maior para o ente privado, não se fala quais seriam os reais benefícios para a Administração, que não seja a captação de recursos (a que custo?). Percebemos também que as vantagens dos entes privados são de cunho estritamente econômico, tanto que se usa a designação “investidores” para falar do particular que contrata com a Administração. Quando estamos falando de interesse público e das prerrogativas inerentes ao regime jurídico público, tal conclusão soa absurda e inaceitável.

O Estado estaria abrindo mão de suas prerrogativas¹⁴⁷, portanto, além de não obter vantagens, sucumbiria a inúmeras desvantagens. No litígio a ser solucionado pela via da jurisdição estatal, a Administração possui várias prerrogativas processuais, por exemplo: os prazos processuais dilatados, a intimação pessoal e não pela imprensa oficial, o duplo grau de jurisdição obrigatório, recursos específicos para a suspensão de liminares, a ausência de consequências quanto à revelia, a proibição de transação, a restrição à concessão de liminares e medidas de urgência em face da Administração Pública, o processo especial de execução, o não adiantamento de despesas e isenção de custas judiciais; que na arbitragem teriam que ser, a princípio, dispensadas.

Esta questão é de fundamental importância para a própria expansão da arbitragem no setor público. Conforme explica Almeida e outro¹⁴⁸:

Se não assegurados à Administração no processo arbitral ao menos alguns dos benefícios de que goza no processo judicial –benefícios que visam à indiscutível supremacia do interesse público em detrimento do interesse privado-, poderá haver reduzido interesse da Administração em optar pelo processo arbitral no lugar do processo judicial.

E, ainda, esclarecidamente, continuam os autores:

Ainda que a escolha da arbitragem possa se apoiar nas reconhecidas vantagens do instituto, como a celeridade, a especialidade dos árbitros, a informalidade do procedimento, cabe indagar até que ponto essas vantagens podem compensar a dispensa do tratamento diferenciado que o ente público recebe em juízo.

Assim, devemos refletir, também, à luz dos princípios constitucionais da Administração Pública, sobre esta autorização que o Estado vem recebendo da legislação para convencionar arbitragem, em outras palavras, dispondo de direitos patrimoniais, ou seja, dos recursos públicos, através de seus administradores, para transacionar com particulares, abrindo mão ainda de prerrogativas processuais¹⁴⁹ que visam proteger interesses de relevância pública.

¹⁴⁷ “Embora objeto de crítica pelo aparente desequilíbrio processual que estabelecem, a opinião prevalecte na doutrina administrativista considera essas prerrogativas justificáveis pela complexidade das ações a cargo do Poder Público, pela quantidade de litígios em que se envolvem e pelo tamanho das estruturas estatais, que não permitem a inteira igualdade entre o Estado e o particular no processo judicial. A diferença no tratamento das partes, nesse caso, não implica quebra do princípio da isonomia, na medida em que parte do reconhecimento da desigualdade substancial na situação jurídico-administrativa em relação ao particular e tem por finalidade reequilibrar a posição processual dessas partes desiguais entre si.” ALMEIDA, Lise de; COSTA, Sérgio de Freitas. Prerrogativas da Administração Pública no Processo Arbitral: um Imperativo? **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 25. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 76-83, jan./fev./mar. 2010, p. 78.

¹⁴⁸ ALMEIDA, Lise de; COSTA, Sérgio de Freitas. Prerrogativas da Administração Pública no Processo Arbitral: um Imperativo? **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 25. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 76-83, jan./fev./mar. 2010, p. 80.

¹⁴⁹ Estas prerrogativas servem para garantir que as atividades da Administração Pública atendam aos seus princípios norteadores. “Assim, a Administração tem o dever poder de anular seus próprios atos, quando viciados por ilegalidade, porque deles nenhum direito pode resultar. De outra parte, ainda que sejam legais, pode, também, revogá-los com esteio na conveniência ou oportunidade, diante da presença de interesse público relevante, superveniente, do mesmo grau e medida, sem prejuízo, é óbvio, de direitos adquiridos e de eventual apreciação judicial”. PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos**

Luciana Nardi¹⁵⁰ aduz que para viabilizar o uso do instituto da arbitragem pelo Estado e garantir seu sucesso, alguns princípios do direito administrativo deverão ser mitigados visando compatibilizar aspectos do direito público com os princípios do direito arbitral.

O legislador constituinte, no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, elegeu os princípios constitucionais da Administração Pública: “A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.” A possibilidade de mitigar um princípio constitucional para propiciar uma adaptação interpretativa e viabilizar o uso a arbitragem pelo Poder Público por si só parece ser imoral.

O grande princípio informativo de direito público é o da supremacia do interesse público sobre o interesse do particular¹⁵¹, que é o fundamento dos privilégios de natureza material e processual proporcionado ao regime jurídico-administrativo. Pensamos que este princípio basilar está acima e norteia a aplicação dos princípios constitucionais da Administração Pública. Neste sentido, impossível mitigá-los.

Tão ou mais censurável que afrontar uma norma é o silêncio sobre seu descumprimento, omissão que contribui para o esvaziamento dos princípios aludidos.¹⁵²

Mesmo havendo a previsão legal para a inclusão da arbitragem nos contratos administrativos, é relevante analisarmos as implicações deste procedimento, nos princípios constitucionais elencados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Quanto ao princípio administrativo constitucional da legalidade, Di Pietro¹⁵³ explica que em decorrência deste, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto ela depende de lei.

Também defende Marino e outros¹⁵⁴, que:

Todo o agir administrativo dos três poderes está jungido à lei, sendo vedado à Administração Pública extrapolar os limites por ela prefixados. Qualquer atuação estatal desconforme ou incompatível com o suporte legal, ou que extravase o espectro circunscrito pela lei, está sujeita ao desfazimento. A lei é, a um só tempo, seu suporte e seu limite.

Por isso, justo o que afirmam alguns teóricos do direito, com fulcro nos arts. 5º, inciso XXXV¹⁵⁵, e 109, inciso I¹⁵⁶, da Constituição Federal, que “entendem que o Estado e entes públicos podem apenas consentir em se submeterem a procedimentos arbitrais, se houver lei que

Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 16.

¹⁵⁰ NARDI, Luciana. **A arbitragem na administração pública.** Tribunal Arbitral de São Paulo – Mediação e Arbitragem. . Disponível em: <http://www.taspvm.com.br/artigos/artigosrecentes_27.htm> Acesso em: 17 out. 2011.

¹⁵¹ GASPARINI, Diógenes. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19.

¹⁵² FILHO, Marino Pazzaglino; ROSA, Márcio Fernando Elias; JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público.** 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 51.

¹⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 68.

¹⁵⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público.** 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 15.

¹⁵⁵ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

¹⁵⁶ Art. 109: Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; [...].

explicitamente a isso os autorize¹⁵⁷. Podemos entender que a lei já deu uma autorização geral, no entanto, muitos aspectos ligados ao entendimento dos direitos patrimoniais disponíveis e de outras prerrogativas públicas, dentre elas as de cunho processual¹⁵⁸, quando submetidos à arbitragem, ainda estão lacunares, afrontando o princípio da legalidade.

Como exemplo, usamos as decisões do Tribunal de Contas da União, arroladas por Salla¹⁵⁹, que decidem por não admitir analogia para a utilização da arbitragem envolvendo a Administração Pública. Afirmam ser ilegal a previsão de arbitragem em contrato administrativo celebrado por empresa pública onde as avenças refiram-se a contratos de comercialização de energia elétrica. Explicam que pelo fato de a outras modalidades de contratos administrativos ser possibilitada a inclusão de cláusula de arbitragem, tal como previsto no art. 43, inciso X, da Lei nº 9.478/97, no capítulo dos contratos de concessão, não seria permitido por analogia desses dispositivos o uso da arbitragem em outras as avenças, como cujo objetivo é aquisição, arrendamento e alienação de bens e direitos.

Ainda se discute a necessidade da criação de lei específica para utilização do instituto pela Administração, há quem defenda que a autorização da Lei de Arbitragem é suficiente para que o Poder Público pactue cláusula arbitral nos contratos em que é parte.

Há duas correntes interpretativas principais acerca da admissibilidade de contratação de cláusula arbitral pela Administração Pública: uma corrente se inclina pela viabilidade da arbitragem somente quando há expressa autorização legal; outra corrente defende a dispensa de expressa autorização legal para a contratação de cláusula arbitral. A primeira fundamenta-se no princípio da legalidade, baseando-se nos art. 5, inciso XXXV¹⁶⁰, e art. 109, inciso I, da Constituição Federal. A segunda, por sua vez, ampara-se no princípio da eficiência administrativa e da razoável duração do processo. Assim, deparamo-nos com um conflito de princípios constitucionais sobre a questão da admissibilidade da convenção de arbitragem pela Administração Pública.¹⁶¹

O Estado deve atender as diretrizes que lhe foram estabelecidas na Constituição Federal, art. 5, inciso II¹⁶², e art. 37, *caput*. Por outro lado, há uma maior abertura cognitiva dada pela arbitragem que é norteadada por valores mais apegados à solução calcada em elementos axiológicos, sendo mais sensíveis aos princípios do que os textos legais.¹⁶³

No entanto, quanto ao sopesarmos princípios que envolvem admissão ou a exclusão da arbitragem por parte do Estado, Professor Virgílio Afonso da Silva salienta que [...] o conceito de

¹⁵⁷ SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e Direito Público. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 22, Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 78-106, abr./jun. 2009, p. 81.

¹⁵⁸ A Lei de Arbitragem não prevê recursos para a decisão arbitral, ficando a Administração Pública sem a prerrogativa a que faz jus, a do duplo grau de jurisdição obrigatório, o que vai contra o princípio da legalidade, elencando no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

¹⁵⁹ SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e Direito Público. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 22, Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 78-106, abr./jun. 2009, p. 82. Decisões do Tribunal de Contas da União, Processo nº 005.250/2002-2, Acórdãos nº 537/2006 e nº 584/2003, ambos da Segunda Câmara.

¹⁶⁰ “No Brasil, funciona o sistema de jurisdição única ou exclusiva, alicerçado no art. 5º, inciso XXXV (CF), ao dispor que a “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim sendo, todas as eventuais incursões indevidas nos bens públicos deverão ser coibidas e punidas sob a égide do devido processo legal, mediante o exercício do direito de ação”. PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 19.

¹⁶¹ SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e Direito Público. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 22, Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 78-106, abr./jun. 2009, p. 83

¹⁶² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...].

¹⁶³ VITA, Jonathan Barros. O desenvolvimento continuado de uma nova visão da interação entre a arbitragem e o poder público. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 206.

legalidade como regente dos atos do Estado trata-se, antes de um princípio, de uma regra. E, por ser uma regra, não estaria sujeita à dinâmica de ponderação, visto que esta se aplica apenas a conflitos entre princípios constitucionais. Por fim, nas palavras deste professor, pensamos que “flexibilizar a “regra” da legalidade fragilizaria os alicerces da democracia, abrindo um perigoso precedente para atos arbitrários do Estado”, e por que não dizer de seus dirigentes.¹⁶⁴

Por isso, para Marino e outros¹⁶⁵:

A discricionariedade não retira ao administrador a obrigação de cumprir o “dever jurídico de boa administração”, assim como não o isenta de cumprir a lei e os princípios gerais que inspiram sua atuação. Daí porque é possível concluir que há sempre a possibilidade de se buscar o exame e a correção de qualquer ato administrativo, seja ou não vinculado, sob o duplo aspecto da moralidade e da legalidade (art. 5º, inciso LXXIII, e art. 37, ambos da CF).

O artigo 5º, inciso, LXIII, elenca, como direito fundamental do cidadão, demonstrando a importância do cidadão possuir meios legais de fiscalização e intervenção na conduta de seus administradores: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.”

A Lei de Arbitragem não autoriza o duplo grau de jurisdição, tampouco as outras leis esparsas que tratam do tema. Perguntamo-nos como manter o controle da moralidade¹⁶⁶ da decisão, que está relacionado também com a eficiência¹⁶⁷, se a Administração não puder se utilizar de recursos para recorrer? Entendemos que a Administração Pública não pode ficar restrita a recorrer somente nos casos de anulação da sentença arbitral, nos termos dos art. 32 e 33¹⁶⁸ da Lei de Arbitragem. Salientamos que para efeitos do mérito do julgamento arbitral esta limitação recursal teria implicações no princípio da moralidade, problema que vai além da legalidade do ato. Como deixar, por exemplo, de contestar a decisão arbitral que não atendeu ao interesse público, ou que apenas privilegiou interesses dos particulares envolvidos no contrato, incluindo-se aí os interesses pessoais do administrador público?

A Lei de Arbitragem não poderia retirar do cidadão seu direito de participar da defesa de seu interesse, pois entendemos que: “A participação concreta do administrado pode ser a “pedra de toque” no caminho de revisões administrativas que signifiquem, em face da circunstância de serem provocadas, um controle interno efetivo.”¹⁶⁹

¹⁶⁴ Apud SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e Direito Público. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 22, Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 78-106, abr./jun. 2009, p. 84.

¹⁶⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 119.

¹⁶⁶ Se a decisão é pertinente ao interesse público.

¹⁶⁷ Conforme comentamos no item 1.1, que trata dos princípios constitucionais da Administração Pública, com a introdução do princípio da eficiência, o Poder Judiciário ampliou o seu poder de controle sobre os atos administrativos, podendo fiscalizar não só os atos vinculados, como também os atos discricionários praticados pelos gestores públicos.

¹⁶⁸ 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 argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

¹⁶⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 17.

Além disso, explica sabiamente Romeu Felipe Bacellar Filho¹⁷⁰, que

[...] o princípio geral que domina toda a atividade estatal, exercida por intermédio da Administração Pública, é o bem comum. Este entendido a partir do referencial da Teoria do Estado, não representa a soma de todos os bens individuais, mesmo porque os bens individualmente considerados podem conflitar com aquele. Pelo contrário, aqui está o limite negativo: a Administração Pública não pode objetivar interesses particulares. O Administrador que transgredir este preceito convulsiona, desarmoniza e desacredita a ação administrativa. A Constituição, no art. 3º, IV¹⁷¹, referiu-se expressamente ao bem comum, o qual constitui objetivo fundamental de toda sua atividade.

A função do princípio da eficiência à primeira vista não sofreria agressões pela utilização da arbitragem no âmbito publicista, pois uma característica da arbitragem é a celeridade, e eficiência tem a ver com o tempo que os serviços são prestados pela Administração. No entanto, o princípio da eficiência também exerce outra função, que é a de controlar todos os atos discricionários¹⁷², que ampliou o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a atividade administrativa. Neste sentido, a arbitragem retiraria do Poder Judiciário parte deste controle. O interesse comum da coletividade, fim último da Administração, mesmo com a celeridade do processo arbitral estaria sendo atendido?

O Estado recebe poderes inerentes à sua função, para serem exercidos em favor da coletividade, dentre eles as prerrogativas, sendo que estas “garantem à Administração posição superior às demais pessoas com quem se relaciona, fazendo com que estas relações não mantenham um nivelamento horizontal. Justifica-se a posição privilegiada pela finalidade da atividade administrativa, a busca do bem comum.”¹⁷³

Assim, para corresponder ao princípio da eficiência, a Administração Pública não teria que atender somente ao bem comum? O bem comum não estaria melhor atendido se fiscalizado pelos Poder Judiciário?

Outro problema que enxergamos em relação ao uso da arbitragem pelo Poder Público é o da escolha do árbitro ou da câmara arbitral. Essa “escolha” não se coaduna com o princípio da impessoalidade do art., 37, *caput*, da Constituição Federal. Também as leis que autorizam a Administração Pública a pactuar cláusula arbitral não regularam esta questão.

Lembramos, primeiramente, que o árbitro pode ser considerado um terceiro¹⁷⁴ na hipótese de ação de improbidade administrativa, pois no processo arbitral envolvendo a Administração, o árbitro “escolhido”, como ser humano que é, pode produzir ato ímprobo ou se beneficiar deste, de forma direta ou indireta. A imparcialidade do árbitro “escolhido pelas partes” é diferente da imparcialidade do juiz estatal, que representa a vontade do Estado, em detrimento da autotutela. O árbitro ganha poderes para tutelar, essencialmente, interesses das partes, numa

¹⁷⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37.

¹⁷¹ Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁷² “Além do auto controle, cada poder é dotado de mecanismos de controle sobre os demais poderes, conducentes a assegurar a equidistância harmônica e independente que deve qualificar sua equilibrada convivência”. PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 18.

¹⁷³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 39.

¹⁷⁴ “Três são as alternativas para a aplicação de sanção ao terceiro, por ato de improbidade administrativa: - a indução do agente público a sua prática; ou o concurso para sua ocorrência; ou o desfrute dele ainda que por forma indireta. A experiência com casos de improbidade administrativa evidencia que quase sempre há um terceiro, estranho aos quadros da Administração Pública que, ou concorre para a prática do ato ou dele se beneficia, junto com o agente público envolvido. Suborno direto ou indireto e favorecimento predominam nesta área, em que, sobretudo nos casos que envolvam grandes valores, dificilmente o agente público atua isoladamente.” PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 50.

esfera extrajudicial, não está ali na posição de Estado. Temos que a “imparcialidade do árbitro vincula-se a critérios subjetivos e de difícil aferição, pois externa um estado de espírito”¹⁷⁵. O uso da arbitragem pelo Poder Público encontraria, desta forma, o princípio da impessoalidade como barreira.

Num segundo instante, percebemos que tanto a Lei nº 11.196/2005, que acrescentou dispositivos na Lei nº 8.987/2005, quanto a Lei nº 11.079/2004, foram omissas quanto à licitação para a escolha da câmara arbitral. Há quem, sustente que nesses casos a licitação seria inexigível, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993¹⁷⁶, por tratar-se de contratação de profissionais ou empresas de notória especialização e pelo simples fato de que, ao ser imposta ao particular, a escolha feita previamente pelo Poder Público significaria um desrespeito ao princípio da autonomia da vontade das partes, inerente ao instituto da arbitragem. Considerando a exigência prevista no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e a relevância dos princípios da igualdade e impessoalidade no direito administrativo, a escolha arbitral deverá ser precedida de licitação¹⁷⁷. Percebe-se aqui uma discussão a respeito da autonomia da vontade das partes, princípio da jurisdição arbitral. Todavia, sendo dispensada ou não a licitação, a preocupação com o patrimônio público não tem maior importância? Quais os custos temporais e econômicos de uma licitação? Como isso afeta o princípio da eficiência? Tem sentido então a Administração pactuar cláusula arbitral?

Não nos parece ser coerente a designação de processo licitatório para a “escolha dos árbitros pelas partes”, conforme estipulado na Lei de Arbitragem. Não parece legal a Administração participar ter processo licitatório, com todos os seus custos e dificuldades, para a escolha de uma jurisdição privada, porque esta já faz jus à justiça estatal, gratuita. A celeridade, aspecto atraente da via arbitral, também sai de cena nesta situação.

Outro ponto a ser analisado é que uma das vantagens do juízo arbitral é o sigilo. Como fica o princípio administrativo-constitucional da publicidade, na utilização da arbitragem pelo Poder Público? É essencial para a validade do ato que a sentença arbitral, envolvendo o Poder Público, receba a divulgação adequada, seguindo o princípio basilar da publicidade dos atos administrativos e do controle externo exercido pelos tribunais de contas. Por outro lado, os investidores privados tem interesse em manter a privacidade de seus contratos e estratégias negociais. Além de conflitos de princípios, há um conflito de interesses. Eduardo Talamini dá uma solução, embora questionável, dizendo que a arbitragem envolvendo o Poder Público submete-se a um regime de publicidade restrita e afirma que:

Tal regime não constitui um sigilo absoluto que tome o processo insindicável. Fica assegurado o acesso aos dados processuais pelas partes e seus representantes, pelos órgãos de controle da Administração Pública. Cada sujeito que tem acesso aos dados assume o dever de, ainda que os tiver utilizando para os fins legalmente admissíveis, zelar para que se mantenha a restrição de publicidade sob as penas da lei.¹⁷⁸

Com atenção, percebemos que esta solução é de difícil aplicação, uma vez que o acesso a informações providas dos órgãos deve ser amplo. Em um regime de publicidade restrita, qual seriam os critérios para distinguir conteúdo acessível aos órgãos de controle, por exemplo? Ao

¹⁷⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 26. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 21-34, abr./jun. 2010, p. 23.

¹⁷⁶ Art. 25: É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...] II -para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

¹⁷⁷ NARDI, Luciana. **A arbitragem na administração pública**. Tribunal Arbitral de São Paulo -Mediação e Arbitragem. Disponível em: <http://www.taspvm.com.br/artigos/artigosrecentes_27.htm> Acesso em: 17 out. 2011.

¹⁷⁸ TALAMINI, Eduardo. Idioma local da Arbitragem sobre PPP. **Informativo INCIJUR**, Joinville: Instituto de Ciências Jurídicas, n. 69, p. 5-6, abr. 2005, p. 6.

que parece, ainda, é que o zelo que as partes que tem acesso aos dados devem ter, para manter a restrição de publicidade, fica a cargo de um critério muito subjetivo, propício a troca ilegal de informações. Como defender a moralidade administrativa, afrontada pela falta de publicidade na gestão do patrimônio público, pela via da ação popular, cuja legitimidade é de qualquer cidadão, se o acesso às informações do contrato discutido via juízo arbitral, fica sob um regime de publicidade restrita?

Sabemos que uma função da publicidade dos atos administrativos é que esta “acaba por desincentivando irregularidades, especialmente em vista da ampliação da possibilidade de repressão a ilícitos e a desvios”¹⁷⁹, que implica também no atendimento ao princípio da moralidade.

Para Lúcia Valle Figueiredo¹⁸⁰, há viabilidade de se manter um controle interno com participação do administrado, por meio do direito de petição, embora a solução envolva garantia individual (art. 5º, inciso XXXIV, a)¹⁸¹, todavia, na prática os órgãos administrativos, geralmente, sequer recebem as petições e deixam os peticionários, sem as respostas a que fazem jus, forçando-os a socorrerem-se do Judiciário, seja para ver sua petição protocolada, seja para obter um pronunciamento¹⁸². No processo pela via arbitral esta possibilidade de acesso aos documentos pelo cidadão comum não seria possível, a rigor, por causa de suas normas de sigilo. Mesmo que para a Administração Pública seja a publicidade de seus atos obrigatória, o ente privado com ela envolvido em contrato administrativo pode não autorizar a exibição, por motivos de particulares, de índole negocial ou por características do mercado em que atua.

Concluimos este item na defesa de que não devemos ignorar a Constituição Federal, nem mesmo mitigar sua extensa gama de regras e princípios. A nossa Constituição Federal é um documento barroco, pela riqueza e reiteração de forma explícita de seu conteúdo, sendo que essa tendência não foi um descuido do legislador constituinte, mas que foi maduramente pensada por ele¹⁸³. Mesmo com uma Constituição Federal rica em detalhes, muitos direitos sociais não são concretizados, por vários motivos, pela falta de recursos, pela falta de capacidade gerencial dos administradores públicos, pela falta de empenho dos nossos representantes em fazer valer as leis que criam. A realidade brasileira mostra que somente uma bela legislação não faz a estrutura funcionar a contento. E o mais grave é aparição sistemática na mídia de casos de corrupção passiva e ativa, onde somente interesses econômicos privados são demonstrados.

Assim, fazendo parte do “senso comum”¹⁸⁴, não nos parece que a via arbitral para solucionar conflitos envolvendo contratos administrativos seja a solução mais segura para a defesa do interesse público e da efetivação do bem comum. Em vários pontos, como analisamos

¹⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 65.

¹⁸⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Corrupção Administrativa**. RDP, n. 81, p. 184.

¹⁸¹ Art. 5º, inciso XXXIV: São a todos assegurados, independente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder[...].

¹⁸² PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 17.

¹⁸³ Almiro Couto e Silva explica que este modelo teve a função de “[...] combater os desvios do Estado e da sociedade brasileira com os mesmos instrumentos. À triste repetição dos desmandos das autoridades administrativas, que vêm dos tempos coloniais, do desrespeito tornado trivial aos direitos fundamentais, da confusão corriqueira entre patrimônio público e privado, quase sempre em detrimento do primeiro, do pouco ou nenhum apreço às promessas e aos compromissos assumidos pelos governantes, mesmo quando cercados de todas as solenidades, ritos e liturgias do poder, corresponderia minuciosa e repetitiva prescrição dos remédios com que essas detestáveis moléstias do nosso corpo político-social seriam atacadas. Apud GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 7.

¹⁸⁴ A ideia de que o uso dos institutos jurídicos do Direito Privado pela Administração Pública não ensejam o alcance do interesse público por permitir a barganha entre os agentes públicos e os privados. TIMM, Luciano Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago. Os contratos administrativos e a arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 29. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 43-59, jan./fev./mar. 2011, p. 47.

neste item, aspectos jurídicos da arbitragem encontraram nos princípios administrativos elencados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, os seus limites.

CONCLUSÃO: A cláusula arbitral nos contratos administrativos passou a ser legalmente possível nos termos da Lei nº 11.709, de 2004, regendo as Parcerias Público-Privadas, e da Lei nº 8.987, de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, conforme pudemos apresentar logo no início deste trabalho.

Tanto a Lei de Arbitragem, de 1996, como as citadas acima são recentes. Apesar de gestadas e nascidas, acreditamos que elas ainda precisam de certos ajustes e de melhores interpretações, o que ocorre à medida da evolução das decisões jurisdicionais e da doutrina à luz da análise de casos concretos.

Apesar de muitos operadores e pensadores do direito entenderem como viável a hipótese da Administração Pública pactuar cláusula arbitral e ter conflitos envolvendo contratos administrativos resolvidos em um juízo privado, esta ainda enseja melhor desenvolvimento. O presente estudo pretendeu estabelecer um caminho para uma análise do tema, sob o enfoque dos princípios constitucionais da Administração Pública.

Resgatando o que discutimos no capítulo 3, em especial no item 3.2, nossas angústias se transformaram em muitos questionamentos sem respostas conclusivas¹⁸⁵. Apesar da convenção de arbitragem ser um meio de resolução de conflitos célere e abrir as portas para investidores no âmbito público, devemos questionar de que forma esta possibilidade prioriza efetivamente o atendimento das políticas públicas e do bem da coletividade. A princípio, investidores não trabalham com prejuízos, pelo contrário, desejam mais do que tudo auferir lucro.

Todas estas questões precisam ser esclarecidas para que o interesse público esteja assegurado. A corrupção em nosso país é um problema muito grave e de difícil solução. A arbitragem, por ser procedimento extrajudicial, pode se tornar um instrumento conveniente na mão dos maus gestores públicos e de empresários com interesses particulares, distintos dos da população em geral, em relação a seus direitos fundamentais. A utilização da justiça privada, afastando a jurisdição estatal, pode colocar em risco o patrimônio público, causar enormes prejuízos à reputação dos entes da Administração Pública e, principalmente, aos interesses da coletividade. Certo que há a Lei da Improbidade Administrativa, que visa inibir a corrupção na Administração Pública, intimamente ligada à moralidade administrativa, para punir o enriquecimento ilícito do agente e o dano causado ao erário. Todavia, melhor é a prevenção, do que a aplicação desta lei nos casos que ela elenca.

A fim de evitar que atos de improbidade continuem ocorrendo em nosso país devemos respeitar os princípios nomeados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, pois, com certeza, eles foram eleitos visando proteger o interesse e o patrimônio público. Pensamos que mitigar os princípios constitucionais em troca da possibilidade da utilização de um instrumento privado de “jurisdição” para solucionar litígios decorrentes de contratos administrativos, mesmo que supostamente se tratando de direitos públicos disponíveis (se é que isto é possível), pode incitar ainda mais o interesse econômico privado em detrimento do erário, pois a falta de fiscalização estatal nos atos praticados por seus administradores, hoje, já ocorre. Afastar a jurisdição estatal pode ser desastroso.

¹⁸⁵ Este lucro poderia ser obtido em função de um contrato de concessão com o Poder Público? Qual a contrapartida para o administrado neste caso? Como assegurar maior preservação do patrimônio público quando a Administração Pública contrata com empresas privadas? Quem deve ser o beneficiado quando se pactua um contrato com a Administração Pública? Qual o custo econômico e moral da permissão de que contratos envolvendo a Administração Pública sejam discutidos na via arbitral? O Poder Judiciário pode assegurar melhor eficácia numa decisão envolvendo contratos administrativos, preservando assim os interesses dos cidadãos e do bem comum?

Percebemos também que o nosso país, como um todo, incluindo a população em geral, de onde saem nossos governantes, não tem amadurecimento cultural para promover a utilização da arbitragem em larga escala e, mais ainda, se utilizada pelo Poder Público. Este problema decorre do tipo de colonização a que fomos submetidos e do pouco tempo do nosso desenvolvimento civilizatório. A corrupção é o exemplo mais presente quando falamos em justiça, política e Administração Pública neste país. O Poder Público não pode ficar enfraquecido frente aos interesses econômicos de grandes grupos empresariais pela submissão de seus contratos a um árbitro também privado, não pode correr este risco. Tanto os quadros do legislativo, quanto os executivo, são formados por pessoas que deveriam ser os “representantes” do povo e do interesse da coletividade, mas, por vezes, representam a si próprios e aos seus interesses nas contratações de que participam. O Brasil precisa investir em educação para mudar a mentalidade do povo, que segue o exemplo de seus governantes e faz a vontade individual prevalecer. Somente pela educação podemos acabar com a corrupção na escala em que está. Esta empreitada pode levar décadas de investimento. Enquanto isso não mudar, vamos deixar que o Poder Judiciário, juntamente com o Tribunal de Contas e o Ministério Público zele pela integridade dos direitos sociais.

Então, propomos uma alternativa, visando a tão procurada celeridade na solução de litígios envolvendo contratos da Administração Pública com a esfera privada: é a de que, cada vez mais, os particulares entre si sejam esclarecidos e utilizem a arbitragem para dirimir conflitos empresariais, por exemplo, tendo em vista que seus interesses dão-se somente sob o aspecto econômico. Assim, abre-se mais espaço para o Estado dirimir seus próprios conflitos através do Poder Judiciário, mantendo-se as regras do jogo: Estado soberano, representado pelo juiz estatal.

Assim, concluímos que o Estado deve buscar, principalmente, o atendimento das necessidades fundamentais da população, através da melhor administração de seus órgãos – entes, contudo, sem abrir mãos de suas prerrogativas, as quais existem justamente por sua função se assegurar o bem comum. Já, a arbitragem atende a interesses primordialmente econômicos, por isso mais apropriada a litígios envolvendo particulares. Caso contrário, sugerimos que se faça uma revisão conceitual e processual específica para o procedimento arbitral nas matérias vinculadas aos contratos celebrados com a Administração Pública. Só buscando estas respostas com comprometimento técnico e moral é que o Direito pode contribuir de fato para a tutela do interesse público em relação ao interesse privado, buscando a segurança jurídica e a concretização dos direitos fundamentais garantidos pelo Estado, o que constitui o seu maior objetivo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lise de; COSTA, Sérgio de Freitas. Prerrogativas da Administração Pública no Processo Arbitral: um Imperativo? **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 25. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 76-83, jan./fev./mar. 2010.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Gláucia; SLAIBI FILHO, Nagib. **De Plácido e Silva: Vocabulário Jurídico**. 28.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. **Arbitragem e a lei nº 9.307/96**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: Martins, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTR, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 67.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica. 2.ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1991.

_____. Arbitragem e o Contrato Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 23, p. 14-20, 2000.

_____. Arbitragem e Contrato Administrativo. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, v. 3, n. 2, p. 49-58, jul./dez., 2002.

_____. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, n. 18, São Paulo: RT, p. 395-404, out./dez. 2002.

JARROSSON, Charles. Reflexões sobre o Imperium (Clássicos da Arbitragem). **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 27. Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 203-231, jul-set/2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas Concessões de Serviço Público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.) **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro: princípios da Independência e da Imparcialidade**. São Paulo: LTR, 2001.

LEMES, Selma Maria Ferreira. A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 26. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 21-34, abr./jun. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Procedimentos especiais**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NARDI, Luciana. **A arbitragem na administração pública**. Tribunal Arbitral de São Paulo- Mediação e Arbitragem. Disponível em: <http://www.taspvm.com.br/artigos/artigosrecentes_27.htm> Acesso em: 17 out. 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e Direito Público. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 22, Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 78- 106, abr./jun. 2009.

SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama. Sinal Verde para a Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas (A Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado). **Revista do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 241, p. 124-157, jul/set 2005.

TÁCITO, Caio. O juízo arbitral em Direito Administrativo. In: Martins, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTR, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e PPP: Parcerias Público Privadas um Enfoque Multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Idioma local da Arbitragem sobre PPP. **Informativo INCIJUR**, Joinville: Instituto de Ciências Jurídicas, n. 69, p. 5-6, abr. 2005.

TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TIMM, Luciano Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago. Os contratos administrativos e a arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 29. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 43-59, jan./fev./mar. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VITA, Jonathan Barros. O desenvolvimento continuado de uma nova visão da interação entre a arbitragem e o poder público. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

WALD, Arnaldo. A recente Evolução da arbitragem no direito brasileiro (1996-2001). In: Martins, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTR, 2002.