

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No aspecto subjetivo, a Administração Pública representa todos os órgãos integrantes das pessoas jurídicas de Direito Público Interno, consoante definido no art. 41, do Código Civil: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; os Municípios; as autarquias e as demais entidades de caráter público criadas por lei. São acrescentadas as pessoas jurídicas criadas pela União, Estados da Federação e Municípios, na forma de sociedade mista e empresas públicas, que são consideradas pessoas jurídicas de Direito Privado².

Integram a Administração Pública Direta – próprios organismos da Administração³ – os órgãos que compõem as pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal); e a Administração Pública Indireta – entidades de personalidade jurídica própria, criadas e extintas por lei – é composta pelas autarquias e fundações públicas, além das empresas públicas e sociedades de economia mista⁴.

O objetivo desse estudo é analisar os fundamentos legais, alcance e benefícios da arbitragem em comparação com o contencioso judiciário.

PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NA ARBITRAGEM PRIVADA

A primeira reação que se tem ao analisar a arbitragem nas relações envolvendo a Administração pública como parte é de negar sua possibilidade, posto que o Estado, dotado

¹ LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo, Saraiva, 2007.

² BERGER, Dora. *Resumo 1 – Direito de Empresa*.

³ A Administração, com maiúscula, designa não a atividade, mas o “ente” que exerce a gestão, na acepção subjetiva de Estado-administrador.

⁴ Classificação dada pela Lei n. 7.596 de 1987 – doutrinariamente, também se aplica nas esferas estaduais e municipais –.

de soberania, somente pode sujeitar-se aos próprios tribunais. O caráter público de suas atividades imporia sempre a solução judiciária para as controvérsias que venha ser parte.

A origem desse entendimento remonta à configuração tradicional do Estado como a da entidade institucionalizada pela nação, dotada de poderes para administrar a coisa pública. Seus atos são regidos pelo Direito Público, e assim seriam incompatíveis com a adoção de normas de Direito Privado para abrangê-los. E como a arbitragem é disciplinada por esse ramo último do Direito, surgiria um obstáculo intransponível para que dela participasse.

Essa visão, entretanto, foi logo superada, sobretudo a partir do fim da Segunda Guerra Mundial e da constituição da ONU, momento em que o Estado passou a assumir uma postura cada vez mais de intervenção na esfera da economia interna, tendo em vista a própria preocupação com o desenvolvimento econômico e o paradigma internacional da manutenção da paz por meio do desenvolvimento das nações. A economia surge, de certa forma, como novo eixo internacional, aproximando o Estado das relações com entes de Direito Privado.

O Estado como gestor de serviços públicos, passa portanto a atuar também como agente do desenvolvimento interno, implicando na celebração de contratos com empresas dotadas de recurso, tecnologia e técnica de administração com o propósito de desenvolver áreas em que a comunidade nacional era carente e incapaz de suprir com suas deficiências.

Por conseguinte, o Estado perde sua função de Provedor à medida em que a própria sociedade – por meio de entes partícipes, organizações não governamentais, grupos sociais de pressão, meios de comunicação em geral – age, legitimada a representar aspirações e anseios da sociedade civil.

Atualmente, o Estado caminha rumo a seu papel primitivo (assistente), privatizando as atividades públicas empresariais, e desregulamentando a economia. Só haverá a exploração da atividade econômica pelo Estado, quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo⁵.

⁵ Artigo 173 da CF: *Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

Percebe-se a influência do princípio da subsidiariedade e da cooperação das entidades que formam o corpo nacional no ponto em que o Estado exerce função secundária no ordenamento econômico quando sua ingerência manifesta-se em grau de ajuda, criando condições para a melhor performance do setor privado⁶; ou em grau de realização supletiva, preenchendo eventuais insuficiências da iniciativa privada.

Porventura, seja possível inclusive extrair da privatização das entidades públicas certa influência no ressurgimento da arbitragem privada como meio de solução de controvérsias⁷.

BENEFÍCIOS DA ARBITRAGEM PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MOLDADO SOB OS 'NOVOS' PARADIGMAS DE ESTADO

Deixando o Estado de ser, em muitas áreas, operador direto de atividades econômicas, passou a ter o papel de agente normativo e coordenador da atividade econômica. Em decorrência das privatizações e desestatizações – fenômenos globais –, o funcionamento adequado das instituições passou a representar preocupação especial nas economias de desenvolvimento.

A arbitragem, então, como instrumento jurídico repercute favoravelmente na economia ao passo que gera eficiência para o contratante (Administração), para o contratado (agente privado) e maiores benefícios para a sociedade. O mercado funciona com maior eficiência, a arbitragem otimiza as transações econômicas, visto que conta com instituições jurídicas seguras, que as decisões proferidas pelos órgãos julgadores são emitidas com imparcialidade, independência e em tempo razoável, bem como que disponha de normas jurídicas eficientes.

⁶ Art. 170, CF: *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.*

⁷ Não se pode deixar de destacar, certamente, o papel dos contratos internacionais nesse processo de valorização da arbitragem, que reforçou a necessidade de desvinculação do Estado – muitas vezes parte nas relações contratuais internacionais – do processo arbitral, assegurando ao contratante estrangeiro meio de solução de controvérsias imparcial e alheio à estrutura estatal.

Este instrumento legal é, entre os demais métodos alternativos, o mais eficiente para reduzir a plethora de feitos que assoberbam a Justiça e o mais vantajoso para a solução de litígios.

Todos os argumentos a favor da arbitragem são reforçados pelos novos paradigmas alicerçados na Constituição que regem o Direito Administrativo, sobre os quais admite-se o papel complementar entre o Direito Civil e o Direito Público que, apesar de distintos, são, nas palavras de REALE⁸, “substancialmente complementares e até mesmo dinamicamente reversíveis”, posto que ambos compõem a positividade jurídica e são convergentes.

O Direito Administrativo é formado pela combinação das normas e princípios publicistas e das normas e princípios privatísticos, sem hierarquia entre as duas⁹. Acrescente-se a isso a necessidade em analisar as regras jurídicas em suas relações lógicas, entendendo a arbitragem como alternativa jurisdicional ou como uma obrigação contratual que encontra plena aplicação no Direito Administrativo, sem contudo deixar de ter natureza jurídica de Direito Privado (Direito Civil) e de Direito Público (Direito Processual Civil).

DA ARBITRABILIDADE SUBJETIVA

Como bem exposto no seminário anterior¹⁰, a arbitrabilidade subjetiva refere-se aos aspectos da capacidade para poder submeter-se à Arbitragem, e está prevista no art. 1º da Lei de Arbitragem. A priori, deste dispositivo deflui-se que todas as pessoas capazes na acepção civil, sejam físicas ou jurídicas, de Direito Público ou Privado são qualificadas para firmar convenção de arbitragem.

Muito embora parte da doutrina Administrativa – por demais ortodoxa – tente limitar a arbitrabilidade subjetiva no âmbito do Direito Público Administrativo, o dispositivo acima também se aplica à Administração Pública, e por conseguinte pode-se afirmar que as pessoas jurídicas de Direito Público (União, Estados, Municípios, Autarquias e Fundações),

⁸ REALE, Miguel. *O Projeto do Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 91.

⁹ Contratos de administração pública são regidos por preceitos de direito público, aplicando-se de modo supletivo as disposições do direito privado (art. 54, L. 8666/1993).

¹⁰ RUIS CHAGAS, Bárbara Secatto. *Arbitrabilidade Subjetiva e Princípios da Arbitragem*. (02.07.2014), NEAPI.

bem como as de Direito Privado (sociedade de economia mista e empresa pública), classificadas como entidades da administração direta e indireta são aptas a se submeter à jurisdição arbitral.

Sobre as divergências sobre a possibilidade ou não da firmação da convenção arbitral tendo Administração Pública como parte da relação contratual, segue breve análise.

(i) Sobre a Constitucionalidade da Arbitragem

Como já mencionado, uma visão ortodoxa Administrativa julga imprópria e inconstitucional a utilização da arbitragem, alegando que considerando ser o árbitro juiz de fato e juiz de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ao Judiciário (art. 18, Lei da Arbitragem) implicaria violação aos arts. 5º, XXXV, LXIX, LXX e LXXIII. Todavia, esse entendimento é equivocado pois a sentença arbitral, em sendo o caso, poderá ser objetada no Judiciário, por meio de ação de anulação da sentença arbitral (art. 33) e não há falar em violação ao inciso XXXV do art. 5º, conforme já devidamente assentado pelo STF¹¹.

Os demais incisos referem-se ao mandado de segurança e mandado de segurança coletivo, que pleiteia “vício de ato de autoridade”, que não se aplica à arbitragem. O árbitro exerce o poder que as partes lhe outorgam e, se for o caso, a sentença pode ser objetada em sede de

¹¹ Cf Incidente de Inconstitucionalidade suscitado na Sentença Estrangeira Contestada do Reino da Espanha n. 5206, julgado pelo plenário do STF em 12.12.2001 (DJU 30.042004): “...ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal – dado o seu papel de ‘guardião da Constituição’ - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L.9.307/96):constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade de jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5, XXXV, da CF. Votos vencidos em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6, parág. único; 7 e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos da decisão judiciária da sentença arbitral (art.31).”

ação de anulação. O árbitro é juiz de fato e de direito (art. 18 da Lei da Arbitragem) e não autoridade administrativa.

Aduz também, que as regras de competência processual no tocante as questões da União são de ordem constitucional e não poderiam ser derogadas por lei infraconstitucional. Entretanto, a instrução arbitral não se manifesta inconciliável às disposições constitucionais, posto que a Constituição assegura o direito à jurisdição, o acesso às justiças regulares e são as partes que “consentem” em subtrair a causa da jurisdição estatal.

Para afastar qualquer dúvida quanto à pertinência da Administração Pública submeter divergências contratuais à arbitragem se encontra no próprio arcabouço legal brasileiro, tendo que no processo arbitral paira a igualdade de tratamento das partes, o direito do contraditório, os mandamentos quanto à independência e imparcialidade do árbitro, que representam seu livre convencimento e alicerçam a sentença arbitral justa (arts. 13, § 6º; 18 e 21 § 2º). Resta, portanto, remoto qualquer temor de colocar em risco a defesa dos direitos da Administração, bem como se perfaz inegável supor que os interesses públicos estariam mais bem protegidos se fossem submetidos à Jurisdição Estatal.

Ao mesmo tempo, reforçando a valorização do caráter “consensual” e “cooperativo” no âmbito da Administração Pública e sua parceria com entidades privadas na satisfação dos anseios sociais com a arbitragem nos contratos administrativos para solucionar questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

Com efeito, é de se ressaltar que nenhum princípio de ordem pública¹² se opõe a que a instituição da arbitragem seja praticada pelo Estado como pessoa jurídica para os fins de dirimir suas controvérsias com particulares. Nesse sentido a arbitragem, como forma extrajudiciária de solução de conflitos, é matéria regulada no novo Código Civil, “do compromisso”, arts. 851-853¹³, considerado uma espécie de contrato – direito material – e que conduz à Lei nº 9.307/96 – direito formal –.

¹² Ver ponto (iii): O Princípio Constitucional da Legalidade Administrativa e o art. 1 da Lei 9.307/96. Pessoas Capazes de Contratar.

¹³ CAPÍTULO XX - Do Compromisso.

Art. 851. *É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.*

Com o advento da Lei n. 11.079/04¹⁴ (Parcerias Público-Privadas) a comprovação de que a arbitragem é matéria de Direito Processual Civil e Direito Civil e instrumento efetivo de resolução de controvérsias na esfera administrativa ficou explícito.

(ii) Cláusula Necessária do Contrato a Indicação do Foro da Sede de Administração (Art. 55, § 2º, Lei Nº 8.666 De 1993) como excludente da Arbitragem

Doutrinadores entendem que a cláusula de eleição de foro nos contratos administrativos está dirigida para as matérias de direito indisponíveis. CARMONA¹⁵ de mesma sorte dispõe que limita-se a indicar o foro o que não é compatível com a arbitragem, pois pode ser necessário auxílio judicial para os atos nos quais o árbitro não tenha competência (i. e., execução de medidas cautelares e da sentença arbitral, etc.) – para que eventuais demandas decorrentes do contrato em que não seja compatível a arbitragem, sejam propostas no local da sede do ente Administrativo, facilitando sua defesa.

(iii) O Princípio Constitucional da Legalidade Administrativa e o art. 1 da Lei 9.307/96. Pessoas Capazes de Contratar.

O princípio constitucional da legalidade administrativa encontra-se albergado no art. 1 da Lei n. 9.307/96, quando estabelece que pode firmar convenção de arbitragem quem pode contratar. A Lei da Arbitragem representa a operacionalização daquele.

Os novos paradigmas que culminou em novos nortes para a Administração Pública, compreendida por novos princípios constitucionais, devem ser interpretados

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

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

¹⁴ Ao referendar a possibilidade em utilizar a arbitragem nos contratos que forem firmados sob sua égide. 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.

¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – um comentário à lei n. 9.307/96*. São Paulo, Atlas, 2ª ed., 2004, p. 64.

sistematicamente no contexto jurídico, estando nele incluída a Lei da Arbitragem. Ela é o veículo legal que dá sustentabilidade a esta forma de solução de conflitos para todas as áreas do Direito. A norma é dirigida para todas as pessoas capazes de contratar, sem distinção – pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas.

O princípio constitucional da legalidade encontra respaldo no art. 37, *caput*, da CF¹⁶ e informa toda a atividade da Administração Pública direta e indireta.

Tal princípio não pode ser interpretado unilateralmente, mas deve ser, pois, compreendido em consonância com os demais princípios constitucionais e as normas do ordenamento.

O princípio não pressupõe, certamente, que “o Estado só possa fazer o que a lei ordena”, pois sendo esse a concepção geral tal princípio paralisaria a Administração, à medida que seria necessário um comando geral específico para cada ato e medida editados pela Administração, o que é inviável.

Deflui que toda a atividade desempenhada e exercida pela Administração deve observar e derivar da lei, na sua acepção genérica e sistemática. A legalidade que a Administração está vinculada é aquela que deflui do sistema e arcabouço jurídico do Estado Democrático de Direito.

Ou seja, a legalidade não se projeta em um texto seco e desmaterializado desprovido de conteúdo material, que engessa a Administração e a impede de dar passos que permitam empreender uma gestão que priorize a eficiência e a otimização dos recursos públicos. A legalidade faz-se sentir unida e complementada com um sistema de valores e outros princípios que vinculam a Administração Pública, e invocam a aplicação dos demais princípios constitucionais: os princípios da eficiência (37, *caput*), da economicidade¹⁷, da proporcionalidade, da razoabilidade, da subsidiariedade, da finalidade, da motivação, da

¹⁶ Art. 37, *caput*, CF. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

¹⁷ Art. 70, CF. *A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.*

proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público.

Com efeito, os princípios não devem ser contemplados sob a luz de sua exclusividade ou vistos com uma única formulação. Negar o acesso da Administração à solução de controvérsias por arbitragem, consoante os ditamos da Lei da Arbitragem, representa uma ilegalidade, ao determinar a redução da aplicação do comando legal, ao mesmo tempo uma inconstitucionalidade pela afronta ao princípio da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência, e da economicidade, que o ordenamento administrativo erige e propugna como inescusáveis.

A partir dessa construção hermenêutica, é possível ir além e dizer que a Administração, como pessoa capaz de contratar, quando presente a possibilidade de assim dispor (questões patrimoniais) tem o dever de considerar a possibilidade de solucionar controvérsias por arbitragem, posto que afinada com os princípios da eficiência, da economicidade, da proporcionalidade e da razoabilidade que norteiam o mister da Administração como corolário ao princípio da legalidade e por consequência, a aplicação da Lei da Arbitragem.

É indubitável que a mudança do enfoque pressupõe a flexibilização e o equilíbrio, a lógica da compatibilidade e da adequação, e traduz um degrau de imposição de conceitos e princípios do Direito Privado necessários para a otimização da gestão pública.

(iv) O falso dilema da privacidade das decisões: Princípio da Publicidade da Administração Pública em detrimento do Princípio do Sigilo da Instituição Arbitral?

Sobre este último ponto, transcrevo as palavras do mestre CARMONA que suficientemente põe fim ao irreal conflito principiológico dizendo:

“(...) deve ser exorcizado um último fantasma que assombra a arbitragem nas relações de que participa a Administração Pública, a saber, a privacidade das decisões. Em outros termos: considerando-se que um dos princípios que deve reger a Administração é a transparência e a publicidade dos atos administrativos, como conciliar o sigilo – vantagem reconhecida da arbitragem, que torna confidencial todo o procedimento – e a publicidade que deve reger os procedimentos da Administração? Parece-me, francamente, um falso dilema, já que o sigilo é uma característica que pode – apenas pode – ser estabelecida pelas partes, nada

impedindo que os litigantes, por qualquer razão, abram mão da confidencialidade que geralmente cerca o procedimento arbitral.

É evidente que, diante dos diversos mecanismos de controle que o Estado estabelece para prestar contas aos cidadãos de tudo quanto foi feito para garantir o interesse público (a publicidade garante o maior de todos os controles, ou seja, o controle popular), não se pode garantir sigilo absoluto na arbitragem de que participe o Estado, sem que isso implique a impossibilidade de utilizar-se o mecanismo para resolver questões que possam interessar ao público. A solução de compromisso, neste ponto, é de rigor: o princípio da transparência deve ser respeitado, dando-se acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral (quando necessário), preservando-se, porém, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral”¹⁸.

DA ARBITRABILIDADE OBJETIVA

Como apresentado anteriormente¹⁹, “a arbitrabilidade objetiva refere-se ao que pode ser submetido ao procedimento arbitral, quais litígios tem essa aptidão e quais matérias e litígios não podem ser objeto de arbitragem”. Está, semelhantemente à arbitrabilidade subjetiva, disposta no Art. 1º da Lei de Arbitragem, e limita somente matéria envolvendo *direitos patrimoniais disponíveis* à jurisdição arbitral.

Para analisarmos os contornos da disponibilidade das matérias que tangem a Administração Pública, é necessário antes compreender as funções que o Estado apresenta como ente Administrativo e quais as formas em que atua quanto à matéria de interesse público.

¹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

¹⁹ TATAGIBA CORDEIRO, Lucas Raggi – *Arbitrabilidade Objetiva*. (18.06.2014), NEAPI.

(i) Interesse Público Primário e Derivado. Indisponibilidade e Disponibilidade de Direitos.

Interesse público é o interesse geral da sociedade concernente a todos, e não ao Estado, não se confundindo com o interesse da Administração. Classificação dos interesses públicos em 'primários' e 'derivados', em que aqueles são indisponíveis enquanto estes possuem natureza instrumental e existem para operacionalizar aqueles, possuem características patrimoniais e portanto são disponíveis e suscetíveis de apreciação arbitral.

O primeiro, interessa todos e é indisponível, enquanto o segundo possui nítido escopo patrimonial, só interessa à Administração que, na defesa de seus interesses, faz-se representar nos autos do processo por seus procurados legais.

Indisponível é o interesse público primário, não o interesse da Administração (derivado).

(ii) Interesse Público e os Atos de Império e Atos de Gestão

De igual modo classifica o campo de aplicação da arbitragem nas questões afetas à Administração Pública. Com relação aos atos de 'império', são indisponíveis e ocorrem quando envolve questões de 'poder' em sentido próprio e seu aspecto político; enquanto nos atos de gestão se encontram ampla margem para a utilização da arbitragem e referem-se aos atos administrativos em que a Administração Pública atua vinculada pelas mesmas estipulações que vinculam o particular.

Em suma, direitos patrimoniais (econômicos) se referem aos interesses públicos secundários que são disponíveis e servem para operacionalizar (caráter instrumental) os interesses públicos originários.

(iii) Caso Lage e a Questão da Arbitrabilidade Subjetiva na Atividade Contratual

O "caso Lage" constitui-se como precedente muito expressivo no âmbito nacional, no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicavam a navegação, estaleiros e portos.²⁰

²⁰ Agravo de Instrumento n. 52.181 – GB, RTJ 68/382.

O STF entendeu que um pensamento contrário à utilização de arbitragem representaria uma efetiva restrição a autonomia contratual do Estado que como pessoa ‘sui juris’²¹ pode prevenir o litígio pela via do pacto do compromisso.

Reforçando supramencionado posicionamento, o Ministro relator BILAC PINTO pontificou que *“a natureza consensual do pacto de compromisso, sendo de natureza consensual, não constitui foro privilegiado, nem tribunal de exceção, ainda que regulado por lei específica”*. Foi definido também que o Estado só não pode dispor da arbitragem para matérias em que age como Poder Público (*ius imperii*)²² e que *“a arbitragem é instituto de Direito Privado, regulada, portanto, no Direito Civil e Processual Civil”*.

E o STF ainda preceitua que, com efeito, nenhum princípio de ordem pública²³ se opõe a que a instituição da arbitragem seja praticada pelo Estado como pessoa jurídica para os fins de dirimir suas controvérsias com particulares. Nesse sentido se concluiu que a arbitragem, como forma extrajudiciária de solução de conflitos, é matéria regulada no novo Código Civil, “do compromisso”, arts. 851-853, considerado uma espécie de contrato – direito material – e que conduz à Lei nº 9.307/96 – direito formal –.

LEGISLAÇÕES ESPECÍFICAS QUE PREVÊM A ARBITRAGEM EM CONTRATOS ENVOLVENDO ESTADO NA QUALIDADE DE CONTRATANTE

- a) Lei nº 8.987 de 1995, art. 23, XV (Lei geral das concessões).

- b) Lei nº 9.472 de 1997, art. 93, XV (contrato de concessões firmados na área de telecomunicações – esses contratos disporão sobre o foro e modo extrajudicial de divergências contratuais).

²¹ Toda pessoa, física ou jurídica, que se encontra no gozo pleno de seus direitos, capaz de governar-se e responsabilizar-se por si, sem nenhuma sujeição ao poder e autoridade de outrem.

²² Da Arbitrabilidade Objetiva – breve exposição ao final deste estudo.

²³ Ver ponto (iii): O Princípio Constitucional da Legalidade Administrativa e o art. 1 da Lei 9.307/96. Pessoas Capazes de Contratar.

- c) Lei nº 9.478 de 1997, art. 43, X (para os contratos de concessão firmados pela Agência Nacional de Petróleo – ANP, estabelecendo as regras sobre a solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional);
- d) Lei nº 10.233 de 2001, art. 35, inciso XVI (estabelece que nos contratos de concessão de transporte aquaviário haverá cláusula que preveja a conciliação e arbitragem;
- e) Lei nº 11.079, art. 11, III (das parcerias público-privadas que prevê os mecanismos privados de resolução de conflitos, inclusive a arbitragem), etc.

Em suma, consoante visão hermenêutica apresentada no decorrer desse estudo, é todo evidente que a Lei de Arbitragem é a lei de regência e contempla a Administração Pública direta ou indireta ao dispor que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (a vedação só existe quando o Estado age como Poder Público).

RESUMO – ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- A Administração Pública brasileira direta e indireta não precisa de lei especial para eleger a arbitragem nos contratos administrativos, pois a Lei da Arbitragem (9.307/96), a ela se aplica. Quando a lei, ao tratar da capacidade para firmar o compromisso arbitral, menciona *as partes*, sem exceção das pessoas jurídicas de Direito Público (destaque para o anteprojeto de alteração da Lei da Arbitragem, que inclui no § 1º do art. 1º a possibilidade de ambas Administração direta e indireta como parte da relação arbitral).
- A arbitragem não é disciplina a ser tratada no Direito Administrativo, mas é matéria de Direito Processual Civil e do Direito Civil;
- A arbitragem tem reflexos econômicos e financeiros nos contratos e integra o custo de transação e o equilíbrio econômico e financeiro destes (comporta estudo à luz dos princípios jurídicos do Direito Administrativo contemporâneo relacionados à Análise Econômica do Direito).

- A arbitragem está respaldada no princípio constitucional da eficiência administrativa (art. 37, CF: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** (grifei) - EC nº 19/98), por ser considerada um negócio jurídico, mas também econômico e financeiro com repercussão decisiva nos contratos administrativos. E, portanto, deve ser considerada a possibilidade de solucionar controvérsias por arbitragem, sempre que se tratar de direitos disponíveis e sua utilização for viável.

As transações, os contratos são os instrumentos dos agentes econômicos.

- Na mesma linha, o princípio da economicidade constitui sustentáculo à arbitragem, na medida que reduz o custo de transação e gera economia ao contrato. A arbitragem como instrumento eficaz de solução de conflitos entre particulares e os agentes públicos, no âmbito dos contratos administrativos, tem não apenas efeito direto nos referidos contratos, mas também reflexos indiretos, pois sinaliza ao mercado que as instituições jurídicas brasileiras são eficazes e eficientes. Em decorrência, proporcionam a segurança e confiança aos investidores, atraindo capital privado nacional e estrangeiro. Novas leis e tratados internacionais firmados demonstram que, o Estado, em razão do tamanho e vulto dos investimentos a serem despendidos, necessita do particular para ser seu parceiro nas obras de infraestrutura, imprescindíveis ao desenvolvimento e geração de empregos, voltados para a melhoria do padrão social de seus nacionais.

- A arbitragem integra processo de mudança de paradigma das funções do Estado, e impõe à gestão administrativa a sensibilidade para atentar e perceber que a utilização de institutos regulados em outras disciplinas jurídicas e eficazes do Direito privado não conflita com os interesses da Administração Pública, tampouco representa a denominada fuga do Direito Administrativo, mas objetiva a indeclinável eficiência da gestão administrativa executada e operacionalizada nos contratos administrativos que firma com os particulares.