

Arbitragem e Administração Pública: a inaplicabilidade da Lei n. 8.666/93

Arbitration and Public Administration: the inapplicability of the Act n. 8.666/93

Laura Mendes Amando de Barros¹

Resumo: A sistemática da arbitragem vem ganhando espaço de forma bastante intensa nos últimos anos. O constante apelo por eficiência, agilidade, prontidão e confiabilidade da Justiça levam a que se proponham soluções alternativas ao desgastado – e moroso, e ineficaz – Judiciário. Uma das dificuldades que se apresenta toca à sistemática de instauração da arbitragem, na medida em que a Administração, usualmente orientada pelo procedimento marcadamente burocrático e extremamente formal da Lei 8666/93, se vê enredada em uma crise procedimental que pode vir a inclusive inviabilizar – ou, quando menos, descaracterizar - o instituto. Nesse cenário, indispensável a discussão e o assentamento do *modus operandi* a ser adotado para a escolha da Câmara Arbitral, o qual deve partir de uma análise técnica e compatível com as novas demandas marcantes da sociedade e da Administração do século XXI.

Palavras-chave: arbitragem; licitação; dispensa; serviços.

Abstract: The technique of arbitration has being gaining momentum in a very intensive in the way last few years. The continuous search for efficiency, agility, promptness and trust of Justice conduce to a proposal of alternative solutions for the old – and slow, and ineffective – Judiciary. One of the main difficulties is the procedure of arbitration instauration, once the public administration, used to the highly bureaucratic and extremely formal rules of the Law n. 8.666/93, sees itself in a procedural crisis that can mischaracterize - or even derail – the institute. In such an environment, the academic discussion and settlement of the best *modus operandi* to be adopted is extremely necessary, and must be based on technical analyses, compatible with the new demands of the society and public administration of the XXI century.

¹ Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Especialista em ‘Autoridades Locais e o Estado ‘pela École National d’Administration de Paris, em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura e em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Coordenadora científica da Revista de Direito do Terceiro Setor. Vice-coordenadora do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Administrativo Democrático da Universidade de São Paulo – NEPAD/USP. Procuradora do Município de São Paulo.

Key words: arbitration; bidding; direct contract; services.

1. Considerações iniciais

O Estado pós-social² típico do século XXI é marcado por uma série de inovações, pelo surgimento de novas demandas – e, conseqüentemente, novas tecnologias.

É um fenômeno facilmente constatável tanto na área social quanto nas searas política, econômica e jurídica.

Ganha destaque a aproximação entre o Estado e a sociedade civil, e constata-se uma tendência de horizontalização da relação entre esses dois pólos.

A dicotomia historicamente marcante dessa equação, aliás, apresenta-se cada vez mais relativizada e desgastada: Administração Pública e cidadão não mais são tidos como partes opostas, separadas de forma estanque; contrariamente, ganha força a noção de que a promoção – e definição – dos interesses públicos são tarefas não exclusivas do Estado, a serem capitaneadas também – e inclusive com destaque – pela cidadania.

A instrumentalidade estatal se sobressai, de forma que a sua existência e manutenção somente se justificam a partir do momento em que efetivamente se direcionem à satisfação das necessidades e expectativas coletivas³.

A noção de legalidade é incrementada pela de legitimidade⁴; a publicidade atinge o patamar da transparência⁵; a regularidade das políticas públicas vê em si imbricada a idéia de responsividade⁶; a centralidade da atuação estatal evolui para a noção de subsidiariedade⁷.

² Conforme distinção tecida por Campilongo, “o Estado liberal formula uma teoria da norma jurídica; o Estado social constrói uma teoria do ordenamento jurídico; e o Estado pós-social enfrenta o desafio de construção de uma teoria de pluralismo político.” (CAMPILONGO, 2005, p. 32). E, ainda: “(...) Ao combinar as hermenêuticas de bloqueio e legitimação com uma interpretação reflexiva – isto é, que espelhe a correlação de forças sociais, o momento econômico e a capacidade circunstancial de resposta do sistema político –, as práticas do Estado pós-social nada mais fazem que calibrar, em função da escassez de recursos, as expectativas e pretensões jurídicas. Começam a ganhar corpo, no discurso jurídico, teses como a da ‘impossibilidade material’ de aplicação do direito, da ‘ineficácia absoluta das decisões’, do direito supra legal’.” (CAMPILONGO, 1994, p. 124-125).

³ Na lição de Marcelo Caetano, “O interesse público é, em relação à Administração, uma ideia transcendente, que não depende dela, pelo contrário, exerce sobre ela o seu império. Desde que a colectividade exija, por virtude de transformações econômicas, técnicas, morais ou simplesmente políticas, que os serviços administrativos tomem outro rumo, o carácter instrumental destes, como meios directos ou indirectos de satisfação das necessidades colectivas, impõe a adaptação.” (2010, p. 588).

O poder de império, a autoridade estatal se restringe cada vez mais, sendo reservada tão somente às hipóteses em que absolutamente indispensável o uso da “força” administrativa, em um cenário notadamente tendente ao que se vem chamando ‘Administração consensual’, Administração por contratos, Administração por acordos, Administração paritária, ou, ainda, Administração dialógica⁸.

⁴ “Tem-se, desse modo, uma interessante visão pós-moderna da ordem jurídica, de certo modo axiologicamente aberta, integrada e equilibrada, pois que duplamente submetida – à legalidade e à legitimidade – e não mais aprioristicamente definida como um sistema fechado, absolutamente reverente a uma legalidade pura, fundada em míticas razões de Estado e na perigosa supremacia do interesse público ou, ainda, em uma exacerbada valorização do formalismo procedimental. [...] a afirmação do constitucionalismo não apenas como foi classicamente concebido, restrito a declarar liberdades, direitos e garantias, organizar poderes estatais e estabelecer metas programáticas, instituidor de um Estado de Direito, mas um constitucionalismo expandido, desenvolvido para instalar valores e processos legitimatórios e prestigiar o homem e a cidadania em todas as suas manifestações e sob todos os seus aspectos, inclusive entronizar a licitude do comportamento público como valor constitucional, para instituir também, nesse novo processo, um Estado Democrático.” (MOREIRA NETO, 2008, p. 16-24-41).

⁵ “A publicidade é, assim, instrumental necessário ao regime democrático, a fim de que o povo possa acompanhar *pari passu* o desenvolvimento das atividades administrativas, seja para a defesa de interesses individuais (*uti singuli*), seja para a promoção de interesses públicos (*uti universi*). A publicidade constitui, ainda, pressuposto necessário da transparência administrativa, visto que o trato da coisa pública não pode ser secreto, reservado, acessível apenas a determinados grupos hegemônicos. (BINENBJOM, 2009, p. 5). E, ainda: “Sem transparência, fidedignidade e clareza das informações, não há como os cidadãos se apropriarem dos dados das avaliações para cobrar os agentes públicos. Além disso, a atuação dos atores interessados é, em grande parte, mas não exclusivamente, condicionada pela incorporação de regras e procedimentos de fiscalização via participação social, que assegurem o direito e os meios das organizações da sociedade civil, dos usuários dos serviços públicos e, mais amplamente, dos cidadãos de participarem de modo ativo da definição e do processo de cobrança e fiscalização dos governantes e burocratas.” (CENEVIVA e FARAH, 2007, p. 151).

⁶ Conforme bem define Gustavo Justino de Oliveira, “cumpre aprioristicamente à organização administrativa estatal conferir respostas à demandas sociais. A principal função do aparato administrativo estatal é a de receber os influxos e estímulos da sociedade, rapidamente decodificá-los e prontamente oferecer respostas à satisfação das necessidades que se apresentam no cenário social.” (OLIVEIRA, 2010, p. 160).

⁷ “A dialética do princípio do Estado social se materializa, desde a perspectiva organizativa-instrumental, através da idéia da subsidiariedade. A intervenção do Estado social somente deve ocorrer quando a autorregulação da sociedade não satisfaz as exigências da justiça social. (...) A subsidiariedade não põe em questão a responsabilidade dos poderes públicos sobre os assuntos sociais, mas reparte tal responsabilidade e a converte em um sistema em que, dentro de um marco geral de responsabilidade pública, se equilibram as esferas de auto-regulação com atuações próprias dos poderes públicos de distinta intensidade. (...) há que se ter em conta que a divisão de funções entre o Estado e a sociedade não se encontra estabelecido normativamente em todos os campos sociais, mas por vezes vem determinado pela tradição. Mas inclusive naqueles casos em que se vislumbrem novas necessidades que se mostrem de urgente atendimento, um exato entendimento do princípio da subsidiariedade fará com que a administração pública se abstenha de reclamar imediatamente para si toda a responsabilidade de sua satisfação.” (SCHIMIDT-ASSAMANN, 2003, p. 146, traduzimos).

⁸ “A análise do fenômeno do consensualismo (...) ultrapassa o emprego do contrato para a obtenção de resultados meramente econômicos ou patrimoniais. O ponto em destaque diz respeito à extensão e à intensidade com que técnicas consensuais vêm sendo empregadas, como soluções preferenciais – e não unicamente alternativas – à utilização de métodos estatais que veiculem unilateral e impositivamente comandos para os cidadãos, empresas e organizações da sociedade civil. (...) no âmbito estatal, em

A agilidade e o alto grau de expectativas da sociedade não mais se mostra compatível com processos morosos, ineficientes e que findem por frustrar o atendimento e promoção das necessidades coletivas juridicamente consagradas.

Indefinição, delongas, frustração de interesses e ausência de respostas rápidas, eficazes e eficientes não são mais tolerados.

Daí a necessidade de criação de meios alternativos compatíveis com o contexto que ora se desenha, inclusive no que toca à acomodação de interesses, à solução e composição de conflitos.

Justamente nesse diapasão é que desponta o mecanismo da arbitragem, alternativo à prestação jurisdicional pelo Estado, na sua faceta Judiciário, em que às partes interessadas é dado optar por se submeter a uma instância de decisão outra, não estatal, mas igualmente capaz de obrigar definitivamente, com a sua decisão, os que a ela recorrem.

Usualmente relacionada às disputas envolvendo particulares, e superadas discussões que inclusive questionavam a sua constitucionalidade frente disposto no artigo 5º, XXXV⁹ (segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer ameaça ou lesão a direito”), a arbitragem vem ganhando espaço também junto à esfera pública.

Os constantes apelos por eficiência na atuação, pela pronta decisão e distribuição da justiça – condicionante, inclusive, da própria segurança jurídica – encontram-se na base desse processo.

Considerada a posição absoluta da Administração Pública como maior litigante do país¹⁰, mais que bem vinda e digna de aplausos a extensão do instituto no sentido de abarcá-la.

Até porque a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, não traz qualquer restrição nesse sentido, vez que prevê, como requisitos para a submissão à arbitragem, tão somente a

campos habitualmente ocupados pela imperatividade há a abertura de consideráveis espaços para a consensualidade. Aplicada ao terreno da Administração pública, essa orientação gerou expressões como Administrar por contrato, Administrar por acordo, Administração paritária, Administração dialógica, e mais recentemente, Administração consensual. (...) O sentido das expressões elencadas sinalizam um novo caminho, no qual a Administração pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação, a transação. Isso em setores e atividades preferencial ou exclusivamente reservados ao tradicional modo de administrar: a administração por via impositiva ou autoritária.” (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2008, p. 132-133).

⁹ Realmente, restou assentado pela maioria do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/AgR/EP, publicado em 30 abr. 2004 acerca de pedido de homologação de sentença arbitral oriunda da Espanha, a constitucionalidade da Lei da Arbitragem.

¹⁰ Conforme estudo levado a termo pelo Conselho Nacional de Justiça denominado “100 maiores litigantes”, disponível no endereço www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/.../1136. Consulta em 11/03/2013.

capacidade de contratar (requisito subjetivo) e a obrigatória natureza patrimonial disponível dos direitos em discussão (requisito objetivo).

O poder de contratar da Administração Pública é inquestionável, tanto que conta ela com um diploma próprio e específico para a disciplina do procedimento respectivo: a Lei n. 8.666/93.

Sendo-lhe dado pactuar, não há porque, não existe qualquer fundamento aceitável, para restringir-lhe a possibilidade de escolha – decorrente da autonomia ínsita à sua competência para estabelecer vínculos convencionais – pela arbitragem.

Mesmo porque tal sistemática pode vir a se revelar extremamente mais benéfica, mais compatível com o interesse público e a eficiência que legitimamente se espera no tratamento das necessidades coletivas.

A Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou ao rol do artigo 5º da CF o direito fundamental à razoável duração do processo (inciso LXXVIII), da mesma forma, dá suporte a essa conclusão, na medida em que o próprio interesse público não se compatibiliza com uma Justiça mal prestada, ou tardiamente prestada.

A Administração Pública se insere – ou pode se inserir, como mais adiante se verá – nos dois contextos condicionantes, tanto subjetivo quanto objetivo.

Assentada a possibilidade de utilização desse instrumental alternativo de solução de litígios, surge correlatamente, uma nova discussão: como deve ser efetivada a escolha da câmara arbitral a levar a termo tal processo?

Esse o ponto sobre o qual nos debruçaremos ao longo do presente.

2. Natureza jurídica da arbitragem

Muito se discute acerca da natureza jurídica da arbitragem, se contratual ou jurisdicional.

Convive com os que se posicionam em um sentido ou em outro entendimento conciliatório, segundo o qual assumiria ela natureza híbrida.

Temos que, de pronto, a natureza contratual é inafastável: as partes envolvidas devem necessariamente formalizar acordo de vontades em que manifestem e sacramentem a intenção e a predisposição de se submeterem ao regime arbitral – trata-se da cláusula compromissória, disciplinada pelo artigo 4º da Lei federal n. 9.307/96¹¹.

¹¹ “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no

O nascedouro da arbitragem é, portanto, e inquestionavelmente, contratual, convencional.

Ocorre, porém, que a relação não se esgota nesse momento; quando da instauração do juízo arbitral propriamente dito, tem-se a inauguração de um processo que desaguará em uma decisão marcada pela definitividade e inafastabilidade, no que toca a todos os envolvidos - que não poderão questionar seu mérito ou se negar à sua execução e fiel cumprimento¹².

Consideradas essas características da decisão arbitral, inegável a sua natureza jurisdicional: na medida em que traduz instrumento para a promoção da acomodação de interesses de forma definitiva, em substituição às vontades e ao poder de autodeterminação dos interessados, configura exercício dessa função.

Cumprir lembrar que a atividade jurisdicional corresponde justamente a “dizer imparcial ou objectivamente o direito nos conflitos concretos, resolvendo-os definitivamente e restaurando, assim, a paz social perturbada.” (MELO, 1986, p. 6).

E essa atividade – assim como todas as atividades públicas – não se qualifica, de forma absoluta, irrevogável e essencial, como monopólio estatal.

Contrariamente, o que se vê com cada vez mais frequência é o exercício de muitas funções historicamente atribuídas unicamente pelo Estado serem manejadas e aperfeiçoadas com a intervenção – ou mesmo exclusivamente – por atores não estatais, públicos ou privados.

Conforme bem esclarece Pedro Gonçalves (2008, p. 563), a garantia de acesso à via jurisdicional e de exercício de atividade jurisdicional estatal pelo Judiciário em momento algum exclui a possibilidade de exercício dessa mesma atividade por entes privados.

Em outras palavras, a exclusividade decorrente do ordenamento tanto português como brasileiro relaciona-se à atividade jurisdicional ESTATAL, não alcançando a também viável jurisdição privada.

[...] a jurisdição arbitral, como jurisdição “inteiramente ‘privada’ e ‘consensual’, não infringe os preceitos constitucionais sobre a reserva de jurisdição – que, insiste-se, traduz uma ‘reserva de jurisdição *estadual*’ -, nem os que consagram a garantia de acesso aos tribunais (conquanto seja

próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. §2º. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.”

¹² Estaria o Judiciário, assim, afastado da solução do litígio, exceto no que toca às hipóteses de execução forçada por inadimplemento, articulação de nulidades, necessidade de medidas antecipatórias, cautelares, nulidades materiais etc.

livre e voluntário o acesso à justiça arbitral). Sem violar nenhum desses preceitos, a instituição de tribunais arbitrais encontra, por outro lado, um fundamento constitucional nas normas que consagram, directa e indirectamente, a autonomia privada e a liberdade contratual. (GONÇALVES, 2008, p. 565)

Trata-se, nas palavras do autor português, de um movimento combinado de ‘privatização de responsabilidades públicas’ e ‘ativação de responsabilidades privadas’, traduzida na expressão anglo-saxónica ‘*to move public functions into private hands*’. (GONÇALVES, 2008, p. 564).

Reafirma Justen Filho o exercício de funções públicas por entes privados, tomando por paradigma a administração:

No passado, reputava-se que a função administrativa era monopolizada pelo Estado. Essa concepção vem sendo alterada, com a perspectiva de que, de modo crescente, a função administrativa passe a ser desempenhada também por entidades não estatais. Logo, é possível considerar que a função administrativa pública pode ser diferenciada em função administrativa estatal e função administrativa não estatal. [...] Muitas dessas entidades privadas assumem atuação vinculada intensamente à promoção dos direitos fundamentais, de modo a excluir uma distinção mais aprofundada em face aos órgãos estatais. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 97).

Está-se diante, portanto, de mecanismo de compartilhamento¹³, do Estado com os árbitros, do poder de decisão, em instância definitiva, e de resolução alternativa de dissensos baseado na própria lei.

A titularidade do exercício das atividades administrativa, jurisdicional e mesmo legislativa são convenções, sistemáticas concebidas no intuito de garantir o melhor atendimento possível – em um dado contexto histórico-jurídico-social – dos interesses públicos.

A feição do Estado não é estática, havendo passado por inúmeras transformações intimamente relacionadas ao seu tamanho e atribuições.

Nesse sentido, a variação pendular das concepções marcantes dos modelos liberal (em que o Estado era notadamente omissivo, mínimo, reservado à garantia das liberdades e direitos individuais) e social (em que ele ganha centralidade e, com ela, a missão de responder por e promover a quase totalidade das demandas sociais).

¹³ Conforme bem esclarece Pedro Gonçalves, não há que se falar, na hipótese, em delegação ou transferência de poderes públicos: “A circunstância de uma entidade da Administração estar envolvida não altera a regra segundo a qual os árbitros exercem um poder jurisdicional que, em concreto, lhes é conferido *a partir* das partes do litígio. Mas, insiste-se, não há, neste domínio, qualquer fenómeno de delegação ou de transferência; poderá apenas falar-se de *legitimação* ou de *autorização* conferida para que, em concreto e em relação às partes, os árbitros exerçam um poder ou capacidade de que são titulares enquanto cidadãos capazes.” (GONÇALVES, 2008, p. 576)

O panorama pós-social em que hoje vivemos traz o clamor por maior aproximação – e assunção recíproca dos encargos e demandas coletivas – entre Estado e sociedade civil.

Daí a possibilidade – a nosso ver absolutamente tranquila – de exercício de poder jurisdicional por entes privados investidos em missões de interesse público.

Conclui-se, assim, que o processo de formatação e instalação do juízo arbitral conta com duas fases bastante distintas e definidas: a primeira, marcada pela autonomia da vontade, pela livre disposição das partes em a ele se submeter e definir as suas bases, tradução de postura de disposição de direitos em prol de uma finalidade pretendida; a segunda, caracterizada pela ausência de liberdade de aceitação da autoridade e vinculação da decisão arbitral, em que se manifesta um ‘poder’ estranho às partes e a elas sob esse enfoque ‘superior’, capaz de obrigar-lhes definitivamente, em claro exercício da função tipicamente jurisdicional.

3. Arbitragem e Administração Pública

Conforme acenamos no item 1 deste estudo, os requisitos de arbitralidade, tanto subjetivos quanto objetivos, são plenamente atendidos pela Administração Pública.

Os primeiros, traduzidos na capacidade de contratar, são absolutamente incontestes – a ponto de haver um diploma específico para a sua disciplina (Lei Federal n. 8.666/93) -, da mesma forma que a viabilidade de observância dos segundos, correspondentes à incidental disponibilidade dos interesses sobre os quais recai a divergência.

Com efeito, a Administração Pública goza do atributo da autonomia da vontade para contratar, ainda que, em decorrência das suas próprias especificidades, sua manifestação não se operacionalize de maneira idêntica ao que se vê com os particulares.

É traduzida pela noção de discricionariedade: “Usualmente, a competência para produzir contratação administrativa traduz uma disciplina normativa de cunho discricionário. A vontade do agente administrativo produzirá um efeito jurídico que não se encontrava previsto explicitamente na norma jurídica – mas estava por ela delimitado.” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 427).

Nas situações que envolvem interesse coletivo, a única alternativa tida como aceitável pelo ordenamento jurídico será aquela que melhor satisfaça, que melhor responda aos anseios e necessidades da sociedade.

Contam os administradores públicos com autorização jurídica para negociar e contratar, do modo que melhor aprover a esses interesses – o que conduz à conclusão de que, por óbvio, não titulariza a Administração interesses unicamente indisponíveis.

Cumpra distinguir os interesses indisponíveis – públicos, coletivos, cuja administração é, ainda que parcialmente, entregue ao Estado – dos patrimoniais, e portanto disponíveis:

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

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

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

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

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

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

Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. (STJ. AR em MS n. 2005/0212763-0)

Nas palavras de Eros Grau, “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem”. (GRAU, 2000, p. 20)

A discussão perdeu nos dias de hoje grande parte do seu interesse, na medida em que o instituto já foi formalmente encampado pelo ordenamento pátrio: existem normas expressas veiculando a viabilidade de sujeição da Administração ao juízo arbitral, como a Lei federal n. 11.079/2004 (artigo 11) e a Lei federal n. 11.196/2005, que inseriu o artigo 23-a na

Lei n. 8987/95, relativas às parcerias público-privadas e às concessões comuns, respectivamente¹⁴.

A viabilidade de utilização da arbitragem decorre direta e automaticamente da liberdade para contratar, genérica e abrangente de todos os interesses disponíveis de cuja gestão/defesa seja encarregada a Administração.

Nesse sentido, manifestação da Relatora Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº 904.813 – PR, julgado em 20/10/2011:

[...] De fato, tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos. Aliás, pelo contrário, exulta-se a utilização da arbitragem, diante da sua maior celeridade e especialidade em comparação com Poder Judiciário.

A arbitragem funciona como mecanismo de promoção de diversos princípios constitucionais, como o da razoável duração do processo, inserido por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004 e o do acesso à Justiça.

O princípio democrático também encontra aí instrumento eficiente de concretização, na medida em que afasta do Estado o monopólio da atividade jurisdicional, que passa a ser compartilhada com a própria sociedade, por meio dos árbitros escolhidos prévia e diretamente pelas partes.

Nas palavras de José Cretella Neto,

Parece-nos evidente que o árbitro exerce verdadeira jurisdição, e o faz por indicação das partes — com respaldo na lei, que valida a convenção — de forma que, ao permitir a legislação que se instaure o juízo arbitral, consagra a maior participação do povo na administração da Justiça, sem dúvida princípio democrático, claramente caracterizador do Estado de Direito. (CRETELLA NETO, 2009, p. 15)

Assimilada a viabilidade de utilização do mecanismo da arbitragem nos contratos e disputas envolvendo a Administração, desponta a discussão que constitui o mote central do presente estudo: a forma de escolha da câmara investida na função jurisdicional.

Para o perfeito entendimento da questão, necessária a compreensão dos exatos contornos que assume a Administração Pública do século XXI, fortemente marcada pela horizontalização das relações e pela relativização da sua autoridade, do seu poder de império, cada vez mais restritos a situações em que absolutamente necessários.

Trata-se de movimento marcado pelo consensualismo, de que se tratará a seguir.

¹⁴ Dignas de menção, ainda, as Leis federais n. 9.478/97, 10.233/2001, 9.472/97 e 10.438/2003.

3.1. Administração consensual

A Administração Pública do século XXI é marcada, conforme vem se expondo, por uma série características denotadoras de um verdadeiro rompimento com os modelos anteriores, de uma evolução conceitual e de compreensão que finda por evidenciar diversas rupturas entre as concepções tradicionais e corrente do Estado e das funções estatais.

Aspecto bastante destacado é o desenvolvimento de uma faceta muito menos autoritária, menos burocrática, formal e formalista da Administração, que desponta como mecanismos autorizados a, em nome da promoção e atendimento aos interesses coletivos, lançar mão de expedientes capazes de simplificar e tornar mais eficaz e responsiva a sua atuação.

Surge aí a Administração consensual, abordada por Oliveira e Schwanka nos seguintes termos:

[...] na concertação não há uma relação de subordinação entre a Administração e as entidades parceiras, pois subjacente a ela reside um processo de negociação para a composição de eventuais dissensos entre as partes, aspecto que pressupõe o reconhecimento da autonomia dos parceiros envolvidos. Daí empregar-se comumente a locução *Administração paritária* para caracterizar esta forma de administrar, fundada em módulos negociais. A *contratualização administrativa* retrata a substituição das relações administrativas baseadas na unilateralidade, na imposição e na subordinação por relações fundadas no diálogo, na negociação e na troca. [...] A utilização de meios consensuais pela Administração ganha relevância na medida em que estes se transformam em instrumentos da participação dos particulares - diretamente envolvidos ou simplesmente interessados - no processo de tomada das decisões administrativas, possibilitando mais aceitação do que imposição, especialmente no âmbito das relações contratuais administrativas. [...] Trata-se da Administração Consensual, a qual marca a evolução de um modelo centrado no ato administrativo (unilateralidade) para um modelo que passa a contemplar os acordos administrativos (bilateralidade e multilateralidade). Sua disseminação tem por fim nortear a transição de um modelo de gestão pública fechado e autoritário para um modelo aberto e democrático, habilitando o Estado contemporâneo a bem desempenhar suas tarefas e atingir os seus objetivos, preferencialmente, de modo compartilhado com os cidadãos. (2008, p. 137-142).

Gaudin refere-se à ‘Administração por contratos’ como um novo enfoque do agir público, tradutor de uma atuação estatal subsidiária, descentralizada, tanto sob o aspecto político-geográfico quanto social-organizacional: “A difusão das abordagens contratuais se operam na França, portanto, sob a perspectiva de uma dupla renovação relativa às formas de participação/consulta política, e aos modos de coordenação entre instituições e atores sociais que participam da ação pública” (GAUDIN, 1999, p. 29, traduzimos).

Daí se extrai que a Administração Pública, e o próprio Estado já não são tidos como os grandes investidos na força autoritária, no poder dominante de sujeitar os cidadãos aos seus desígnios.

Contrariamente, o que se vê é uma tendência – e uma premência por – uma atuação pública estatal mais aberta, horizontal, convencional, enfim, mais acordada e afinada entre os atores público e privado.

Nas palavras de Moreira Neto,

[...] Pode-se estabelecer uma tipologia da consensualidade em referência às funções fundamentais do Estado. *Primo*, a consensualidade na produção das normas, com o reaparecimento de fontes alternativas, fontes consensuais e de fontes extraestatais: a regulática. *Secundo*, a consensualidade na administração dos interesses públicos, com o emprego das formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração. *Tertio*, a consensualidade na solução de conflitos, com a adoção de formas alternativas de composição. A consensualidade, pela via da participação política, vem modificando a atuação do Estado na legislação, na administração e na jurisdição [...]. (MOREIRA NETO, 2007, p. 41-42).

A arbitragem desponta como uma das traduções mais exatas desse momento, como um importantíssimo mecanismo da modernização e redimensionamento da Administração com vistas a compatibilizá-la com as novas demandas, vez que traduz justamente uma boa-fé, uma crença na mobilização prévia e conjunta para a construção da melhor solução possível na hipótese de surgimento de qualquer dissenso relativo a direitos disponíveis.

Nesse contexto, as partes interessadas tratam os seus direitos com a maior responsabilidade e eficiência possíveis, de modo a assegurar-se de que as finalidades originariamente pretendidas e justificadoras do ato sejam plenamente alcançadas, com os menores prejuízos.

A meta inicial, o móvel do contrato, a pretensão inaugural ganham assim destaque sobre a forma opressora, e, libertos dos labirintos burocráticos tradicionais – os quais reconhecidamente não vêm dando conta de prestar uma distribuição de Justiça em tempo e com qualidade aceitáveis – produzem como resultado final uma decisão mais técnica, democrática, eficiente, eficaz e compatível com os anseios sociais.

3.2. Arbitragem como instrumento da eficiência e a legalidade

O princípio da eficiência goza, no atual sistema jurídico, de grande destaque, havendo sido expressamente inserido no artigo 37 da Carta Maior.

Traduz-se como vetor basilar de toda a atuação administrativa – estatal ou não -, e parâmetro de qualidade a ser manejado pelos cidadãos em geral.

Tendo em vista a sua consagração pelo ordenamento (e ainda que apenas implícita fosse), passa automaticamente a integrar a noção – e os critérios – de juridicidade dos atos jurídicos.

Assim, a sua observância condiciona a própria legalidade *lato sensu* dos atos administrativos: não se pode ter por compatível com o ordenamento atuação que contradiga ou ofenda desiderato constitucional fundamental.

Cumprir registrar, nesse diapasão, a visão já ultrapassada daqueles que vislumbravam – sem razão – um embate, uma incompatibilidade entre eficiência e legalidade, tendo em vista que o proceder administrativo mais satisfatório possível seria potencialmente afrontoso a alguma(s) da(s) formalidade(s) e critério(s) decorrente(s) dessa última.

A relação estabelecida entre os princípios não é de exclusão, de sobreposição, como se dá com as regras, mas sim de ponderação, de conciliação, tendo em vista a própria lógica do ordenamento.

Não se pode cogitar do afastamento da eficiência em prol da legalidade ou vice-versa: qualquer um desses cenários conduzia à comprometedor inconstitucionalidade, à antijuridicidade dos atos praticados.

De fato, a conciliação entre os dois basilares valores é não apenas possível como absolutamente desejável.

O que anteriormente era retratado como uma disputa, uma relação de mútua exclusão – legalidade *versus* eficiência – apresenta-se hoje como uma dinâmica interdependente: não pode ser tida por legal a ação administrativa ineficiente.

Da mesma forma, atuação ilegal não terá nunca o escopo de atingir o parâmetro da eficiência: os atos ilegais são despidos de capacidade jurídica para a produção dos efeitos a que originariamente destinados, não podendo, portanto, se aperfeiçoar satisfatoriamente.

4. Campo de incidência da Lei 8.666/93

Estabelecidas as premissas de plena aplicabilidade do instituto da arbitragem à Administração Pública, de sua natureza híbrida (contratual e jurisdicional) e da sua tradução como instrumento em favor da eficiência, da consensualidade e da democracia, cumpre-nos avançar na análise da concretização da sua incidência no âmbito público.

Essa seara é marcada por um regramento todo específico que, voltado a garantir a fiel e satisfatória observância dos princípios constitucionais administrativos, finda por criar uma série de limitações, formalidades e rituais burocráticos a serem observados.

De se perquirir, assim, se a escolha dos árbitros está sujeita às regras gerais de contratação pela Administração Pública, em especial à Lei federal n. 8.666/93.

Tal questionamento se faz presente, indistintamente, tanto na hipótese de a cláusula compromissória trazer desde logo a especificação da câmara a atuar na eventualidade de instalação do juízo arbitral, quanto nas situações em que a sua escolha é deixada para um segundo momento, quando da efetivação do compromisso arbitral¹⁵.

Ambas as alternativas são admissíveis, conforme previsão expressa do artigo 4º da Lei federal n. 9.307/96.

A celeuma reside justamente na obrigatoriedade – ou não – de tal processo de triagem e definição da câmara seguir o disposto na Lei de Licitações.

De se registrar, de pronto, que referido processo de escolha pode ter lugar, fundamentalmente, em três momentos distintos: 1. na fase interna do procedimento licitatório da avença original; 2. antes do início da licitação, imaginando-se a possibilidade de a Administração anteriormente travar acerto quanto a uma câmara específica, a ser convocada em quaisquer eventualidades, de quaisquer desavenças, decorrentes de quaisquer contratos administrativos, e que deve vir especificamente indicada no edital de licitação; 3. posteriormente à publicação do edital de licitação e à conclusão do procedimento concorrencial, quando do surgimento do dissenso propriamente dito.

Com relação a esta derradeira alternativa, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a própria cláusula compromissória pode ser acordada e formalizada em momento posterior à assinatura do contrato:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

¹⁵ Conforme dispõem os artigos 9º e 10 da Lei federal n. 9.307/96: “Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público. Art. 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.”

[...] 6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente. 7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame. 8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável. 9. A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral. 10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere. 11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia. 12. Recurso especial não provido.

Trata-se de questão a ser debatida, tendo em vista potencial restrição indevida à competitividade do certame resultante da omissão de tal possibilidade, que poderia ter o condão de encorajar outros licitantes – temerosos das infundáveis discussões no Judiciário em caso de divergências ao longo da execução do contrato – a também competirem.

Tais reflexões serão reservadas para outra oportunidade, tendo em vista o escopo específico do presente.

Voltando às três alternativas para a fixação do juízo arbitral, os pontos de discussão são comuns, podendo as mesmas premissas ser aplicadas, com algumas sutis adaptações, a todas elas.

Realmente, em todos os cenários, a escolha do árbitro deverá ser levada a efeito, com a única distinção de que, no caso número 3, a contratada, de natureza privada, fará parte do ato de escolha e definição.

Enquanto nas duas primeiras hipóteses a escolha é anterior à formalização do contrato, que traz portanto cláusula compromissória mais detalhada, com a expressa indicação da câmara/juízo a ser invocado – e a cuja escolha formalmente aderem os licitantes que optarem por se sujeitar às regras claramente postas no edital de licitação –, na terceira o edital é menos específico, ficando a escolha relegada a um segundo momento, quando a contratada já terá sido incorporada na relação.

A análise de toda a questão deve partir do disposto no artigo 6º, II, da Lei de Licitações, segundo o qual:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

O Legislador limitou as hipóteses de contratos administrativos, disciplinados pela Lei de Licitações, às utilidades de interesse da Administração.

E a convenção e instauração do juízo arbitral são, inquestionavelmente, de interesse da Administração – o que não equivale a afirmar ser de seu interesse exclusivo.

Considerado todo o arcabouço técnico-dogmático da Administração consensual, horizontalização das relações Estado-sociedade e o destaque para a mobilização conjunta em detrimento da autoridade, evidente que referida convenção e instauração atendem a interesses também privados, do agente com o qual a Administração Pública firmou o acordo ou contrato original em que se previu a cláusula compromissória.

Ademais, a relação de arbitragem não tem por escopo viabilizar o exercício de função administrativa outorgada à Administração e instrumentalizada por meio da contratação de empresas privadas, como é típico no regime da Lei 8.666/93; o compromisso arbitral, conforme assentado no item 2, concretiza a realização de função jurisdicional, e não administrativa.

Diferentemente do que se constata com a prestação de serviços e com as compras levadas a termo pela Administração com vistas a aparelhar a sua missão fundamental de promoção e atendimento aos interesses públicos – sejam primários, sejam secundários -, o compromisso arbitral visa afastar um impasse que justamente vem comprometendo a consecução desse objetivo.

Não se trata de aquisição, pela Administração, de serviços/bens particulares, mas de invocação de um terceiro investido de uma função pública completamente diferente – a jurisdição – voltada à superação de entraves para que a relação contratual inicial volte às raias da normalidade e eficiência.

Em outras palavras, o compromisso arbitral, diferentemente dos contratos administrativos disciplinados pela Lei de Licitações, não visa ao desenvolvimento da função administrativa; pretende, diferentemente, o exercício de função jurisdicional (no caso, não estatal).

Nesse ponto, vale lembrar a lição de Marçal Justen Filho, segundo a qual um dos elementos fundamentais do conceito de contrato administrativo é justamente o exercício da função administrativa:

Prefere-se definir contrato administrativo, em seu sentido amplo, como o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa. (2010, p. 426)

Esta última, por sua vez, é definida pelo autor como

[...] o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob o regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional. (2010, p. 96)

Marcelo Caetano refere-se à função administrativa como aquela que tem por objeto direto e imediato a produção de bens ou a prestação de serviços voltados à satisfação das demandas coletivas materiais ou culturais. (2010, p. 10)

A função jurisdicional, a seu turno, se verifica

Quando está em causa um conflito de interesses, quer se trate de dois interesses privados, quer um interesse privado e de um interesse público, a execução da lei exige prévia definição de qual dos interesses disfruta da proteção jurídica para assim se deslindar o conflito. O essencial, portanto, é verificar as circunstâncias em que o problema se põe, definir com precisão os elementos de facto constitutivos da hipótese, para depois se fazer justa aplicação do Direito. (CAETANO, 2010, p. 12)

Enquanto nas relações contratuais da Administração há uma “sujeição especial do particular ao interesse público, traduzida no dever de acatamento às leis, regulamentos e actos administrativos que se refiram às condições jurídicas e técnicas de carácter circunstancial” (CAETANO, 2010, p. 590), respeitado sempre o princípio da colaboração livre e remunerada, o compromisso arbitral determinante da atração da função jurisdicional sobre os contratantes é marcada pela horizontalidade, pela perfeita simetria de posicionamentos entre contratante e contratado.

A instalação do júízo arbitral e a solução de conflitos por seu intermédio, não obstante acordada também com órgão/ente da Administração (conjuntamente com o contratado, que pode participar ativamente da escolha da câmara, ou simplesmente a ela aderir), não traduz exercício de função administrativa.

Nesse âmbito, não se pode falar em cláusulas exorbitantes, em prerrogativas em prol do interesse público. A idêntica posição e a imparcialidade do órgão julgador são imprescindíveis.

Daí a sua exclusão do âmbito de incidência da Lei federal n. 8.666/93, voltada especificamente à disciplina jurídica dos contratos administrativos e o seu processo de aperfeiçoamento.

Não fosse isso, de se considerar também o disposto no artigo 2º, parágrafo único, da Lei de Licitações: “Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

Ora, a contratação viabilizadora do juízo arbitral não se aperfeiçoa entre órgão/ente público e particular, mas entre órgão/ente público, particular contratado e particular inserido no exercício de função jurisdicional.

Um dos polos do compromisso arbitral é composto conjuntamente pelo ente público e o ente privado originalmente contratado e que disputa nesse ponto o litígio com o primeiro.

As prestações e contraprestações se desenvolvem entre esses dois polos – que claramente não coincidem com aqueles descritos no supra transcrito parágrafo único.

Um outro argumento, ainda, no que tange especificamente às hipóteses em que a cláusula compromissória ou não especifica a câmara arbitral escolhida, ou se operacionaliza em momento posterior à assinatura do contrato administrativo (hipótese 3 supra referida): tomando-se o ambiente consensual em que a opção pela arbitragem se concretiza, tal decisão não pode ser imputada a unicamente um dos contratantes: se ambos não acordam a inserção da cláusula arbitral ou de definição do árbitro, ela simplesmente não poderá existir – como decorrência lógica da própria autonomia da vontade (plena no que tange aos particulares, modulada quanto à Administração).

Não se poderia falar em adesão à opção pela arbitragem ou por determinado árbitro, posto que somente aperfeiçoadas após a assinatura do contrato.

E a escolha de um juízo determinado não pode ser tida como opção exclusiva da Administração passível de imposição ao contratado particular.

Tal pretensão não somente subtrairia a autonomia privada nesse aspecto, com a anulação, em última análise, da natureza contratual de sua avença original com a Administração – ao menos nesse aspecto da cláusula arbitral -, como implicaria na assunção de uma postura autoritária e inaceitavelmente intransigente da Administração contratante.

Na lição de Marçal Justen Filho, “Quando alude a ‘contrato administrativo’, a Lei indica um tipo de vínculo produzido por manifestação conjunta e concorde de vontade. [...]

Ficam excluídas todas as relações jurídicas cujo aperfeiçoamento dispense a concordância do terceiro.” (2002, p. 39).

Finalmente, de se atentar para o disposto no parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.666/93, segundo o qual estão subordinados ao regime por ela estipulado “além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”

Não há qualquer referência aos entes privados, ainda que contratualmente vinculados à Administração.

Daí a impossibilidade, também, de invocação dos artigos 24 ou 25 da Lei de Licitações com vistas a afastar a exigência de licitação para a escolha dos árbitros: tais dispositivos têm o condão de excluir a obrigatoriedade de adoção das modalidades licitatórias expressamente consagradas pela Lei, mas não todos os seus rituais e requisitos burocráticos.

Em não se tratando de contrato administrativo, inaplicável a Lei 8.666/93; e, inaplicável referida lei, não há que se falar em dispensa ou inelegibilidade de licitação, em contratação direta pela Administração ou na observância dos infundáveis rituais e formalidades marcantes do regime geral de contratação da Administração Pública.

Não há qualquer fundamento, quer legal *stricto sensu*, quer jurídico ou lógico, a autorizar tal exigência.

Tal afirmativa não afasta, esclareça-se, a incidência dos princípios constitucionais orientadores de toda e qualquer ação administrativa, devendo tanto o ente público quanto o privado contratado transitarem dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

O artigo 37 da Constituição Federal, por exemplo, incidirá permanente e necessariamente, tanto com relação ao contratante público quanto ao privado – que, ao unir-se àquele, viu atraído para a sua esfera de atuação e desenvolvimento o regime típico das situações em que se tem em causa interesse público ou coletivo.

Não se falará em total autonomia da vontade, mas em uma liberdade de ‘escolha’ do juízo arbitral a partir dos princípios da isonomia, moralidade, publicidade, eficiência e impessoalidade – que, aliás, e em decorrência do desiderato da boa-fé objetiva, devem acompanhar qualquer atividade desenvolvida no ambiente social e coletivo.

5. Conclusões

Diante todo o exposto, tem-se que a utilização do instituto da arbitragem por entes/órgãos públicos é absolutamente assente na legislação e jurisprudência pátrias, assumindo a doutrina maciçamente essa mesma posição¹⁶.

Efetivamente, e tendo em vista tratar-se de importante instrumento em favor da eficiência, da democracia, da agilidade na prestação e distribuição da Justiça, não há como se justificar – quer jurídica, quer pragmaticamente – a sua exclusão do espectro de incidência da arbitragem.

A Administração Pública, mais que qualquer outro litigante, deve se sujeitar a mecanismos mais ágeis e efetivos de solução de disputas, na medida em que personifica, em que congrega sob o seu feixe de competências a defesa e promoção dos interesses públicos, as demandas e necessidades de toda a coletividade.

Não se poderia razoavelmente defender uma prestação jurisdicional melhor, mais efetiva, ágil, satisfatória e com maior qualidade aos entes privados – pleiteantes de interesses privados, no mais das vezes particulares – que aos entes públicos.

A moderna Administração do Estado pós-social tem o dever jurídico objetivo de atender da melhor maneira, com a maior eficiência e responsividade possíveis, às expectativas e exigências sociais.

Qualquer atuação que contrarie esse desiderato ofenderá frontalmente todo o arcabouço jurídico-principiológico estabelecido, inquinando de antijurídicas as suas atividades.

Daí a importância da utilização de instrumentos otimizadores, como a arbitragem.

Assentada a sua viabilidade – e vantagem – deve o instituto ser operacionalizado de forma compatível com o regime jurídico próprio da Administração, o que não implica, definitivamente, na sua inserção na seara de incidência da Lei de Licitações.

Não há que se falar em prestação de serviço público, ou na contratação, pela Administração, de terceiros para o atendimento de suas demandas, quer externas, quer internas.

O que se busca, nesse contexto, é a operacionalização de um acordo resultante da conjugação expressa de duas vontades – Administração e contratado original.

Não se trata do exercício da função administrativa, mas de ato dispositivo por meio do qual se pretende a obtenção de prestação jurisdicional não estatal, com regime portanto

¹⁶ “O acesso à segurança jurídica, à celeridade e a especialização técnica de um tribunal arbitral podem constituir um interesse público primário, cuja indisponibilidade, ao contrário de proibir sua utilização, estaria a exigir que a Administração Pública viesse a valer-se da arbitragem.” (WALD; SERRÃO, 2008, p. 20).

estranho àquele estabelecido pela Lei n. 8.666/93, seja na sua faceta competitiva, seja no aspecto das contratações diretas.

Dessa forma, em todas as três possibilidades vislumbradas no presente – cláusula compromissória específica quanto aos árbitros e anterior ao contrato; cláusula compromissória fechada quanto aos árbitros e anterior ao próprio procedimento licitatório; ou cláusula compromissória posterior à formalização contratual -, devem se desenvolver a partir dos parâmetros e princípios regentes da atividade administrativa, sem a obrigatória observância das formalidades ínsitas ao regime da Lei de Licitações.

A única possibilidade de incidência de tais regras em situações tais seria a previsão, no próprio edital de licitação e contrato decorrente, da obrigatória observância - analógica, frise-se -, do regime da Lei 8.666, por livre opção da Administração à qual aderirão – e portanto tacitamente concordarão – os licitantes.

Nessa hipótese, e somente aí, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório – e a própria concordância, ainda que tácita, do particular -, determinariam a cristalização desse dispositivo, eficaz e apto a surtir seus efeitos.

REFERÊNCIAS

ASSMANN, John Eberhard Schmidt. **La teoria general del derecho administrativo como sistema**. Trad. VÁZQUEZ, Javier Bernés, SAGGESE, mariano Bacigalupo, SANTIAGO, José María Rodríguez de Santiago, LUENGO, Javier García, CABALLERO, Francisco Velasco, RUIZ, Blanca Rodríguez, MARTÍN, Germán Valencia, LORA, Alejandro Huergo Lora, MACHO, Ricardo García. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia a constitucionalização**. São Paulo: Renovar, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/AgR/EP**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12 dez. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 11308-DF**. Min. Luiz Fux, j. 09 abr 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 904.813-PR**. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20 out 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. **Revista da Universidade de São Paulo**, n. 21, São Paulo, Coordenadoria de Comunicação Social (CSS)/USP, 1994.

CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2010.

CENEVIVA, Ricardo; FARAH, Marta. **O papel da avaliação de políticas públicas como mecanismo de controle democrático da Administração Pública**. In: GUEDES, Alvaro e

CRETELA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FONSECA, Francisco (orgs.). **Controle Social da administração pública: cenário, avanços e dilemas no Brasil**. São Paulo: Cultura Acadêmica: Oficina Municipal; Rio de Janeiro: FGV, 2007.

GONÇALVES, Pedro Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos. O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 32, p. 14-20, 2000, p. 20.

GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique en question**. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos**. 9ª ed. São Paulo: Dialética. 2002. p. 39.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MELO, A. M. Barbosa de. **Notas de contencioso comunitário**. Coimbra, 1986.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo Moreira. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno. Legitimidade, finalidade, eficiência e resultados.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. **A administração consensual como a nova face da Administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação.** Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi – Salvador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Direito administrativo democrático.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

WALD, Arnold; SERRÃO, André. **Revista de arbitragem e mediação.** Ano 5, v. 16, jan-mar/2008. São Paulo: Revista dos Tribunais.