

## ARBITRAGEM NOS CONFLITOS ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO

### ARBITRATION IN CONFLICTS BETWEEN PUBLIC ADMINISTRATION AND LEGAL ENTITY OF PRIVATE LAW

*Luciano Alves Rodrigues dos Santos* \*  
*Francele Moreira Marisco* \*\*

**RESUMO:** Demonstra-se a evolução do Direito Administrativo, no que concerne às três reformas de Estado realizadas no Brasil, a partir dos anos 30. Parte-se do modelo burocrático, edificado por Getúlio Vargas, com seguimento ao modelo desenvolvimentalista, do governo Castello Branco, até se chegar à reforma gerencial, sob o comando de Fernando Henrique Cardoso, que possibilitou inovações tanto no campo comercial, quanto no processo de incursão por mecanismos resolutivos extrajudiciais de conflitos negociais. Consiste a arbitragem em mecanismo privado destinado ao julgamento de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Quando pactuada contratualmente entre Administração Pública e esfera privada (arbitragem subjetiva) e formada a convenção arbitral, seja de modo antecipado ao problema (cláusula compromissória) ou posterior (compromisso arbitral), não se presta a julgar matérias indisponíveis (arbitragem objetiva), consistidas naquelas essenciais ou relativas a atividades-fim que realiza o Poder Público; cabe, unicamente, às atividades-meio ou secundárias, voltadas à consecução daquelas. Destaca-se, por fim, o controle administrativo ou autocontrole, de modo antecipado ou prévio, concomitante e sucessivo ou posterior; o controle do Tribunal de Contas; do Poder Judiciário e Ministério Público; o parlamentar; e o controle social ou popular.

**Palavras-chave:** reformas de Estado; convenção arbitral; arbitragem objetiva; arbitragem subjetiva; formas de controle.

**ABSTRACT:** It demonstrates the evolution of Administrative Law, with respect to three State reforms occurred in Brazil, along 30 years. It starts from the bureaucratic model, built by Getulio Vargas, followed by the developmental one, of Castello Branco, up to reach up the management reform, under the command of Fernando Henrique Cardoso, which enabled innovations such in commerce relationships as in the process of incursion by extrajudicial mechanisms of resolving business conflicts. The arbitration consists of a private mechanism for the trial of disputes involving disposable and patrimonial rights. When it is contractually firmed between Public Administration and private persons (subjective arbitration) and the arbitration agreement is formed, anticipated to the problem (clause of arbitration) or after it (compromise of arbitration), it must not reach up problems involving non-disposable rights (objective arbitration), consisted of the ones referred to essential or end activities that Public Administration performs; it may only reaches secondary or middle activities aimed to achieve those ones. It detaches, by the end, the administrative or self-control, performed in advance; the concurrent and successive or subsequent one; the control of the Court of Auditors; the Judiciary and the Prosecutors control; the parliamentary one; and the social or popular control.

---

\* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina; especialista em Ciências Criminais pela Universidade Católica Dom Bosco.

\*\* Mestre em Direito Constitucional pela UNISINOS.

**Key words:** State reforms; problems under non-disposable rights; objective arbitration; subjective arbitration; forms of control.

## INTRODUÇÃO

Com adoção de uma metodologia histórico-indutiva, o trabalho tem como marco inicial as três reformas de Estado que emergiram em solo brasileiro, a partir do Governo Vargas, momento em que se punha a repensar toda a sua estrutura administrativa, sobretudo em meio às formas de resolução de conflitos diversas da ótica comum, como a arbitragem.

Conforme se tentava romper com o momento patrimonialista do século XIX, que primava por manter uma estrutura fechada de mando governamental, em que tudo pertencia ao monarca, edificava-se uma reforma de viés burocrático, no início do século XX, sob o primeiro governo de Getúlio Vargas, em meados de 1930. Ainda se caminhava por etapas incipientes, ao passo que já se tinha em mente impor uma corrente amplamente industrializada, que abriria espaço a empresas inclusive de capital estrangeiro, que mais tarde passariam a formar verdadeiros impérios econômicos monopolizados, sob a fluência do Estado Liberal, e, com isso, o favorecimento à efetivação de acordos junto do Estado para a consecução de serviços de grande porte, como ferrovias e hidrovias. Não interessava ao Poder Público — pelo fraco aparato monetário em que se amparava — manter tarefas de alto risco e de grande volume de capital. Era muito mais benéfico garantir direitos essenciais, sob a forma de Modelo Mínimo.

A partir do momento em que a população passava a perceber que não possuía em mãos nenhuma forma de controle dos atos emanados do Poder Público, senão o sufrágio concedido legalmente, punha-se a repensar o seu *status*. Começava a ganhar o campo brasileiro o Estado de Bem-Estar Social, na iminência de garantir a todos igualdade, e não somente liberdade. Mas as correntes governamentais impediam que fossem projetadas melhoras, sendo cada vez mais pressionadas pelos movimentos sociais, e, mais tarde, pela queda do regime militar e ascensão da vertente democrática, sobretudo com a vinda da Constituição Federal de 1988.

A Reforma Gerencial, permeada pelas virtudes do Estado Democrático de Direito, garante o favorecimento dos pressupostos *inovação*, *celeridade*, e — sobretudo a partir da EC n. 19/98 —, a *produção de resultados eficientes*, tendo o cidadão como consumidor real do Estado, sob a garantia do interesse público. Neste momento, o Estado passa de Estado Empresário a Estado Regulador, devolvendo às mãos do particular o espaço que antes lhe

pertencia à consecução de serviços, sob a denominação de *privatização* ou *transferência*. Um leque muito maior se abriu às relações negociais entre Poder Público e particular, fossem sob a forma de concessões, permissões ou parcerias, e nestas, a arbitragem passou a ganhar cada vez mais o campo da utilidade.

## **1 A REFORMA DO ESTADO: DO MODELO BUROCRÁTICO AO MODELO GERENCIAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A partir dos anos 80, a coletividade cada vez mais pressionava para que fosse edificado um novo modelo de Administração Pública, na tentativa de rompimento com inúmeras crises movidas pelos governos desde parte dos anos 30, dentre as quais cumpre destacar o elevado endividamento, em razão da existência de empresas de capital essencialmente público (BRESSER PEREIRA, 2006a, p. 22), além da crescente inflação, decorrente dos inúmeros planos econômicos aprovados e de pouco sucesso, sem deixar de lado o avanço industrial e tecnológico e a necessidade de se reforçar formas extrajudiciais de resolução de conflitos frente à quantidade de negócios jurídicos efetivados junto à esfera pública (BAER, 2002, p. 108).

Buscava-se por novos padrões e novas estratégias de governo; uma completa reestruturação do modelo administrativo, de modo que fosse possível alcançar um perfil de Estado que acompanhasse os avanços que emergiram voluptuosamente na reta final do século XX e início do século XXI. Não mais se conseguia impor mecanismos brechantes ao mercado, que, frente ao grande volume de relações negociais, fomentava a aparição de conflitos de ordem macroscópica. Embora não se possuísse um Poder Judiciário altamente aparelhado, tampouco eram influenciadas formas extrajudiciais de solução de controvérsias, como a arbitragem, o que provocava desprestígio e queda de investimentos, inclusive estrangeiros, no Brasil.

Dentre os adeptos às alterações e à nova formulação de um modelo forte e estabilizado de Administração Pública, Figueiredo (2004, p. 24) mostra-se assertivo em seus estudos ao apontar o seguinte quadro:

Assim como a sociedade brasileira tem manifestado maciçamente sua insatisfação e desejo de mudança na forma de administração da coisa pública, apresentando cada vez mais demandas a exigir satisfação — mesmo porque contempladas como garantias constitucionais —, muitos autores nacionais começam também a reconhecer e a preconizar a necessidade de uma ampla reformulação do Direito Administrativo.

A visão obsoleta de que se deveria manter um Estado Mínimo,<sup>1</sup> garantidor de direitos básicos como propriedade, saúde e educação tornava-se insuficiente, sob a perspectiva de que cada vez mais se procurava novos direitos e novas reformas no campo administrativo. Ao definir Estado Mínimo, Medauar (2003, p. 124) defende como sendo aquele que possui administração mínima. Trata-se de um Estado que se funda em diretrizes administrativas e de direção básicas para que possa tão somente funcionar e manter-se em equilíbrio, sem maiores garantias ou medidas protetivas à coletividade e ao interesse público. Não prima, tampouco, pela produção de resultados eficientes frente ao volume de controvérsias que acenam para o campo negocial.

Talvez não exista, na atualidade, melhor ideia de interesse público senão aquela trazida por Bailey (1967, p. 104):

É um bálsamo para a consciência dos governantes. É o óleo sobre as águas conturbadas do descontentamento público. É um dos analgésicos mais eficientes da sociedade. Sem esse conceito, a maioria dos presidentes, deputados, governadores, diretores, gerentes e prefeitos — e, ousaria dizer, comissários, *premiers* e generais — se tornaria acovardada. O pára-choque moral entre as perdas e lucros sociais consequentes de decisões públicas desapareceria. As feridas provocadas nos conflitos de lutas políticas supurariam e se agravariam. As represálias se tornariam certas em suas incertezas.

Em linhas gerais, “a ideia do interesse público reflete um complexo integrado de interesses de pessoas públicas e de pessoas privadas” (OLIVEIRA, 2007, p. 71). São interesses que vão muito além da propriedade pública; interesses que, sob análise de Marques Neto (2002, p. 81), compõem uma ideia-força que sustenta todo o Direito Administrativo. Significa valorar, inclusive por meio de garantias legais, a coletividade, tomando o estrito cuidado de não seccioná-los dos interesses do governo e da própria Administração.

A crença depositada no modelo estatizado de administração — outrora enxergado como burocrático —,<sup>2</sup> vinha sendo posta de lado dia a dia. Almejava-se muito mais do Estado

---

<sup>1</sup> No Estado Mínimo, havia um distanciamento do âmbito social e econômico. Segundo Dallari (2007, p. 280), este regime contribuiu negativamente para que ascendesse uma grande injustiça, sendo os pequenos investidores cada vez mais enfraquecidos pelo poder maior da burguesia, que pugnava para que houvesse a mínima interferência do Estado. No mesmo sentido, Ianni (2004, p. 313-311) extrai como conceito que o modelo de Estado Mínimo expunha as regras do jogo, mas não as aplicava diretamente.

<sup>2</sup> Bresser Pereira (2006a, p. 25-26) explica que a administração pública burocrática compreende uma administração voltada a defender os interesses e o patrimônio público — a *res publica*. Consiste “numa instituição administrativa que usa [...] os princípios de um serviço público profissional e de um sistema administrativo impessoal, formal e racional”. A impessoalidade, como meta primordial da administração pública, é princípio estampado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “a administração pública direta e

do que ele próprio pudesse efetivamente oferecer à coletividade (BRESSER PEREIRA, 2006a, p. 21-22). Por isso a necessidade de mudança e inovação frente aos perfis dizimados da história da Administração Pública brasileira. O Estado mantinha características de Estado investidor; de Estado empresário.

O modelo de Administração Pública brasileira era influenciado pela força de um Estado Absoluto, mantido como se fosse um bem material do soberano; um momento da História denominado *patrimonialismo*, em que tudo, como regra — cargos, funções e propriedades —, ficava em suas mãos, que determinava o seu direcionamento, fosse certo ou não (FAORO, 2000, p. 363). Havia completa confusão entre os bens do rei àquilo que devidamente pertencia ao Estado, e, conseqüentemente, à coletividade.

No patrimonialismo, pelo que se observa dos estudos de Bendix (1986, p. 270-271), a Administração Pública era tida como se fosse um dos objetos ou propriedade particular do monarca. O trabalho administrativo era pautado por extrema pessoalidade, combinando discricionariedade com algumas das tradições mantidas frente a interesses individuais já conquistados.<sup>3</sup> Weber (1999, p. 33) chega a mencionar que esse momento esteve intimamente ligado ao conceito de dominação, que se manifestava pela obediência irrestrita às normas postas pelo rei. Ligava-se, sobretudo, ao próprio conceito de poder;<sup>4</sup> à imposição de uma vontade individual à outra. A ideia de justiça permeava-se pelos costumes e tradições; um poder individualizado que tinha como critérios de formação traços unicamente familiares.

Importante observar, à época, que o Brasil já era signatário do Protocolo de Genebra, desde 24 de setembro de 1923, que favorecia a utilização da arbitragem nos litígios comerciais. Vargas, em fevereiro de 1932, sem qualquer óbice, ratificou o Tratado, por meio

---

indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade [...]”. O modelo burocrático traduz-se como sucessor do patrimonialismo, em que o monarca confundia os bens privados com os bens públicos. Este regime teve a sua superação reforçada pela democracia e pelo capitalismo, de modo a protegerem o patrimônio comum à sociedade.

<sup>3</sup> Na atualidade, integra os princípios basilares da Administração Pública a *impessoalidade*, retratada no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

<sup>4</sup> Ao se voltar os olhos à era jusnaturalista, vê-se que predominava o individualismo, o que gerava conflitos de ordem inimaginável. Tinha-se um completo estado de natureza, em que cada um governava na busca do bem próprio, com liberdade confundida com libertinagem e dominação, sem qualquer poder maior regulador. Na ideia de Thomas Hobbes, põe-se em prática a teoria contratualista, uma forma de poder civil cuja meta não era retirar a liberdade do indivíduo, mas ponderá-la a um intuito coletivo; o poder individual era infinitamente menor do que o poder coletivo, num governo racional. Porém, emerge a problemática daquele que seria erguido a representar esse poder, já que este se tornaria irresistível, o que poderia levar a uma forma coativa e reguladora das relações entre os homens (DUSO, 2005, p. 113-120). Poder, assim expressado como *potestas*, é entendido como a “transposição e concentração das forças numa única força”, ou seja, a vontade de muitos condicionada a de um, que os representa segundo a lei e para a lei (PICCININI, 2005, p. 131). Na concepção de Max Weber, retratada por Dallari (2007, p. 44), o poder está fracionado em três dimensões de legitimidade: poder tradicional, inserido nas monarquias; poder carismático, incutido nos líderes sociais; e poder racional, exarado pelas autoridades investidas por lei.

do Decreto n. 21.187, conquanto mantivera evidente que de nenhum outro modo aplicaria o instituto, inclusive em âmbito administrativo.<sup>5</sup> Como toda manifestação se dava sempre às escuras, sem qualquer consulta ao Parlamento, como de costume no seu governo, tudo acabava por favorecer o descrédito e a inaplicabilidade dos acordos pactuados. Do mesmo modo acontecia com o Código Comercial de 1850, o Código Civil de 1916 e todas as demais legislações que traziam a arbitragem como forma extrajudicial de resolução de conflitos. Por vezes — senão na maior parte — a convenção de arbitragem, quando formada, era preterida em favor do modelo jurisdicional, inclusive pela jurisprudência dominante ou por ainda se manter raízes patrimoniais (SAMTLEBEN, 1999, p. 34-47).

Em suas pesquisas, Selma Lemes (2007, p. 63) chega a expor que, mesmo antes da era Vargas, a partir de 1880, com a publicação do Decreto n. 7.959, já começavam a ser padronizados os termos das concessões de serviço público pertinentes à edificação de ferrovias e hidrovias. Dentre as várias cláusulas que trazia, o juízo arbitral vinha expresso na de número XXXV.<sup>6</sup> No Estado do Rio de Janeiro, em 1857, foi firmado acordo entre este e a *The Rio de Janeiro City Improvement Company Ltd.*, e, do mesmo modo, o Decreto n. 9.753, de 1887, outorgava à Companhia Paulista de Vias Férreas e Fluviais a exploração, por dez anos, sob o regime de concessão, da navegação dos rios Mogy-Guaçu, Pardo e Grande. É também importante o Decreto n. 4.283, de 1869, que outorgava, por noventa anos, a edificação e utilização do serviço férreo de Jundiaí a Campinas, pela Companhia Paulista de Estrada de Ferro (LEMES, 2007, p. 64). Em todos esses contratos de parceria entre Estado e esfera privada a arbitragem foi prevista expressamente como meio resolutivo. Entretanto, diante da necessidade de ruptura com o modelo imperial, Vargas, por muitas vezes, não a reforçava em seu governo, sob alegação de desconhecimento ou de enfraquecimento da soberania jurisdicional (LEMES, 2007, p. 64).<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Cf. trecho integral do Tratado, restou manifestada a vontade estritamente comercial frente à aplicação da arbitragem: “e, declarando aprovado o mesmo Protocolo, cujo teor fica acima transcrito, o confirmo e ratifico e, pela presente, o dou por firme e valioso para produzir os seus devidos efeitos, prometendo que ele será cumprido inviolavelmente, sob a condição de que o compromisso arbitral ou a cláusula compromissória se restrinja aos contratos considerados como comerciais pela legislação brasileira”. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br>>. Acesso em: 27 set. 2011.

<sup>6</sup> “No caso de desacordo entre o Governo e a companhia sobre a inteligência das presentes cláusulas, este será decidido por árbitros nomeados [...]”.

<sup>7</sup> Cf. algumas das cláusulas a que se refere o Decreto n. 3.476, de 25 de Maio de 1922: “I – o Governo do Estado de São Paulo concede à Companhia Estrada de Ferro Oeste de São Paulo licença para a construção, uso o gozo de uma estrada do ferro, de bitola de 1 metro entre trilhos, com a extensão aproximada de 63 quilômetros, a qual, partindo da estação de Tayuva, da Estrada de Ferro Paulista, e passando próximo de Tayassu e Pirangy, se dirija às proximidades da confluência do córrego Grande ou Manoel Francisco com o Ribeirão da Onça. [...] XIX – as questões que se suscitarem entre o Governo e esta estrada de ferro serão decididas por um juízo arbitral, o qual se formará do modo seguinte: cada uma das partes nomeará para juiz um árbitro. Se os dois assim nomeados divergirem em seus laudos, um terceiro será escolhido por ambas as partes. Se não houver acordo nessa escolha,

Selma Lemes (2007, p. 65-66) também menciona uma problemática cláusula compromissória pactuada em 1856, sob a vigência do Decreto-lei n. 9.869, de 1946, que tinha como parte ativa a Fazenda Pública. A situação arrastou-se sem qualquer solução. Enquanto se alegava prescrição do termo pactuado, por outro lado manifestavam-se os adeptos ao instituto: “a Administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa convocando as partes, que com ela contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral”.<sup>8</sup> Em decisão favorável à arbitragem, o Tribunal Federal de Recursos manteve o que dispunha o art. 172, IV do Código Civil de 1916: “a prescrição interrompe-se: IV – por qualquer ato judicial [...]”.<sup>9</sup> Não sendo conhecida a prescrição do ato pela Corte, dever-se-ia seguir com a convenção de arbitragem até o deslinde do conflito.

Por esses e outros motivos, o modelo administrativo de Vargas dia a dia dava abertura à prática de oportunismos,<sup>10</sup> fosse por meio de contratos incompletos ou malformados entre Poder Público e esfera privada ou pela carência de monitoramento dos atos praticados (ANDREWS; KOUZMIN, 1998, p. 122), além de não facilitar a entrada de mecanismos mais céleres, eficazes e inovadores de resolução de conflitos quando diante de controvérsias em vias unicamente contratuais.

No ápice das alterações sem grandes efeitos e na tentativa de rompimento repentino com o modelo burocrático, logo após o Golpe Militar de 1964, o governo Castello Branco, de posse dos documentos engavetados por João Goulart, coloca em vigor o Decreto-lei n. 200, em 25 de fevereiro de 1967, que dá vida à Administração para o Desenvolvimento ou Administração Desenvolvimentalista.<sup>11</sup> Pretendia-se criar um melhor equilíbrio econômico do Estado, interna e externamente, e priorizar a contenção de gastos com empresas mantidas

---

cada parte nomeará o seu, e, dentre os dois, aquele que for indicado pela sorte decidirá a questão”. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br>>. Acesso em: 28 set. 2011.

<sup>8</sup> Sobre esta informação, vide redação original de Themístocles B. Cavalcanti, em 1956, na obra de Selma Lemes, à pág. 65.

<sup>9</sup> Vários outros casos práticos podem ser citados, com base na redação da autora: 1) em 1923, na concessão da estrada de ferro Madeira-Mamoré, atuou em juízo arbitral o General Cândido Mariano da Silva Rondon; 2) em 1927, utilizou-se da arbitragem entre a Repartição Geral de Telégrafos e a *The Western Telegraph Co.*; 3) entre a Prefeitura de Belo Horizonte e a Companhia de Eletricidade e Viação Urbana de Minas empregou-se a arbitragem para a resolução de conflito, em 1912, com sentença favorável à Companhia (LEMES, 2007, p. 66).

<sup>10</sup> Bresser Pereira (2006b, p. 248) trata esses *oportunismos* assemelhados a uma forma de *clientelismo*, que, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, favoreciam privilégios incompatíveis com a ética de governo e o desprestígio do modelo edificado por Vargas, que agia de modo irracional para o seu combate.

<sup>11</sup> Dentre os dispositivos que demonstram a ideia exarada pelo Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, destaca-se o art. 7.º: “a ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteando-se segundo planos e programas elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de governo; b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; c) orçamento-programa anual; d) programação financeira de desembolso”.

estritamente por capital estatal, embora sem qualquer previsão de melhorias no controle dos atos e relações negociais realizadas dentro e fora da Administração Pública.

Distinguiu-se administração direta de indireta, garantindo-se às autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas autonomia muito maior do que a concedida no período de sua criação, durante o governo Vargas. Com a elevação do fomento a essas entidades, iniciava-se um período de maior industrialização. Grandes nomes começavam a se destacar, como a Petrobras, a Eletrobras e a Telebras, além do BNDES (Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social), criado nos anos 50, que ganhava dia a dia a confiança dos investidores. Enquanto grandes empresas ganhavam o mercado nacional e internacional, incidiam fortes abatimentos que até hoje imploram por curas dentro da Administração.

Todo o avanço industrial da era desenvolvimentalista trouxe ampla carga contratual, e, com isso, a incidência de conflitos de foco estritamente negocial, com baixa perspectiva de resolução ante o modelo jurisdicional existente. Mais uma vez se necessitava alçar outros caminhos; mecanismos eficazes de pacificação, bem como novos perfis de Administração: buscava-se por um modelo estritamente gerencial, que pudesse unificar *eficiência* e *inovação*,<sup>12</sup> pondo a coletividade como ponto nodal.

Não se sabe ao certo o porquê desse perfil não ter alcançado o seu ápice. Partindo-se das explicações de Bresser Pereira (1998, p. 167), seu declínio se deve ou por se trabalhar sob um patamar militar; ou pela ausência de requisitos essenciais para que se confirmasse em uma reforma calcada no real desempenho e nos modelos de controle eficazes de gestão. O certo é que tenha sido aniquilado pelo regime democrático, que ganhou forças a partir de 1985,<sup>13</sup> primando para que a Administração Pública passasse a ter viés cada vez mais impessoal e aberto aos olhos da coletividade, inclusive como forma de controle dos seus atos, internos e externos.

---

<sup>12</sup> Quando se passa a pensar o termo *eficiente* dentro da Administração Pública, tem-se a certeza de que consiste na melhor utilização de recursos, cujo foco está ligado a um objeto específico. A *eficácia* repousa na escolha adequada do procedimento, que resulta em sucesso na operação (METCALFE; RICHARDS, 1992, p. 33-34, tradução livre).

<sup>13</sup> Um dos maiores fatores favorecedores da ascensão democrática, após o Golpe Militar de 1964, foi o movimento Diretas Já, de 1984. Reunido nas ruas, o povo brasileiro pressionava para que fosse posta em votação a PEC n. 05/83, do Deputado Dante de Oliveira, que previa a realização de eleições diretas para a presidência da república. No entanto, o projeto foi recusado, tendo sido eleita, indiretamente, a pessoa de Tancredo Neves, em 1985, embora não tenha sequer tomado posse, pela morte súbita em 21 de abril de 1985. Assumiu em seu lugar o vice José Sarney. O verdadeiro fortalecimento da democracia adveio três anos mais tarde, com a publicação da Constituição Federal de 1988, estampada em seu art. 1.º, parágrafo único: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

No final do século XX, a partir de movimentos sociais em prol ao avanço da democracia e à queda do regime militar, um novo olhar começa a ser lançado sobre a ordem pública, que passa a ganhar o *status* de Estado Democrático de Direito, primando pelas liberdades individuais e pelo pleno apoio social. Cresce a participação da população nos atos do Poder Público, não mais somente por intermédio do sufrágio. A lei, delimitadora de toda a Administração, começa a ser tratada mais longe do aspecto unicamente formal dos modelos anteriores. De modo permeável, mantém nova concepção; um conjunto único — o Direito —, imerso sob uma roupagem de princípios.

Da garantia de legalidade, regra de todo o sistema normativo, passa-se a enxergar uma garantia muito mais amplificada: a *juridicidade*, que tem não só a lei como molde de justiça, mas todo o Direito. Em vez de se ter um Estado unicamente legal, tem-se um Estado de Direito, vinculado ao ideal de promoção da paz e da justiça, com viés de subsidiariedade e a ideia de diminuição de algumas de suas porções, momento em que começam a ter berço formas iniciais de privatização, de modo a diminuir os riscos e os gastos públicos com empresas estatais, favorecendo ainda mais as concepções gerencial e neoliberal, que mantêm como ponto chave a participação privada na ordem econômica (DI PIETRO, 2011, p. 17-18),<sup>14</sup> além dos requisitos inovação, celeridade e obtenção de resultados cada vez mais eficientes. O Estado, antes empreendedor ou empresário, passa a ser um Estado Regulador.

Diante da concepção atual de Estado, tanto em âmbito social quanto governamental, a Administração se vê incumbida de cada vez mais possibilitar ao particular o seu acesso à prestação do serviço público. Todo esse movimento já era evidente desde a época desenvolvimentalista, conquanto pela ausência de maiores critérios de controle grandes monopólios foram sendo edificados, pressionando cada vez mais a camada social emergente. Frente ao alavancar de contratos firmados entre Poder Público e esfera privada, incidiam conflitos de diferentes dimensões, aquém da órbita comum litigiosa, pendentes de resolução quando buscados pela via judicial ou administrativa. Dotada de celeridade, inovação e eficiência — moldes elementares do modelo gerencial —, a arbitragem desponta como mecanismo de melhor adequação.

A partir da reforma gerencial, mantém-se como critério fundamental o *interesse público*, aliado aos escopos já abarcados. Na atual concepção, não mais se deve visar ao lucro

---

<sup>14</sup> A Constituição Federal de 1988 mantém, em seu art. 170 e seguintes, a Ordem Econômica e Financeira devidamente disciplinada.

ou ao meio estritamente fiscal,<sup>15</sup> como ocorria no perfil desenvolvimentalista do século passado, calcado em estruturas internacionais. Deve-se cuidar do interesse coletivo, mantendo-se a sociedade como cidadã consumidora do Estado e dotada de direitos; não só deveres. Este modelo também é patente nos estudos de Bresser Pereira (2006a, p. 27): “se, nos países desenvolvidos, os direitos civis e sociais estavam razoavelmente protegidos, os direitos públicos não estavam: a *res pública* estava exposta a todo tipo de ameaças”.

Os padrões gerais edificados para o modelo gerencial, sob a análise de Bresser Pereira (2006b, p. 265), possuem três dimensões fundamentais: i) a modificação das bases legais, inclusive constitucionais; ii) a mudança de valores — de burocráticos a gerenciais —, que guardam íntegros os escopos *celeridade*, *inovação* e *eficiência*; iii) a gestão. Todos os três favoreceram — e ainda favorecem — para que a arbitragem passasse a ser cada vez mais admitida nos regramentos que nasceram a partir de 1988 e nos anos que sucederem 1996, após a publicação da Lei n. 9.307/96 — a Lei de Arbitragem.

## 2 A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A partir do momento em que se banuiu de vez a autotutela e formas equivocadas de autocomposição processual e se passa a viver num mundo em que os bens são cada vez mais escassos e a busca por patrimônio dia a dia mais incessante, é comum que interesses diversos passem a confluir entre si, mais tarde irrompendo-se num emaranhado de relações conflituosas.<sup>16</sup> No Poder Público, a todo o tempo inúmeros contratos são efetivados, oriundos de processos licitatórios que compõem relações jurídicas de parceria entre pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, e que aumentam criticamente a evolução de conflitos, seja pelo seu descumprimento ou pelo incisivo poder autorregulador que possui o Estado.

Ao passo que surgem controvérsias, cumpre ao Estado o papel fundamental de resolvê-las — de modo pacífico —, seja por meio da jurisdição ou por outros mecanismos também legais, conquanto extrajudiciais, que ao longo dos anos vêm sendo reforçados, como a arbitragem, posto ainda existir carência humana e material dentro do Poder Judiciário.

---

<sup>15</sup> Bresser Pereira (2006a, p. 27-28) explica que “[...] os burocratas não se dedicaram apenas à construção do Estado, mas também a substituir parcialmente a burguesia no processo de acumulação de capital [...]”. Enfim, conclui pela substituição do patrimonialismo.

<sup>16</sup> A noção do termo *conflito* reside em qualquer desentendimento acerca de um ponto de fato ou de direito. Dinamarco (2005, p. 168-171) coloca o termo como *crise jurídica*, seja de certeza, de adimplemento ou de situação fática. No meio arbitral em nada difere: consiste no “desacordo sobre um ponto de Direito ou um ponto de fato, uma contradição, uma oposição de teses jurídicas ou de interesses entre duas pessoas” (CRETILLA NETO, 2004, p. 1).

Tem-se procurado alocar uma série de conflitos para serem resolvidos por intermédio dela. Reformas legislativas têm se focado neste sentido, vez que o legislador tem percebido quão necessário se faz percorrer por vias muito mais céleres de julgamento, menos burocráticas e pautadas por praticidade. Trata-se de uma corrente em favor da arbitrabilidade, que se resume na subtração — ainda que de modo não absoluto — do poder jurisdicional.

Esta amplitude com que veio ao cenário jurídico é melhor explicada pelos ensinamentos de Muniz (2006, p. 44):

Atualmente, a Lei 9.307/96 regula a matéria nas questões cíveis e penais, revogando expressamente os artigos pertinentes do Código Civil e de Processo Civil. Suas disposições abrangem toda a arbitragem, desde a capacidade para realizar a convenção arbitral até a instalação e decisão do juízo arbitral, assim como as normas referentes ao reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras.

Ao se expressar um conceito sobre arbitragem, não se pode desprezar que, ainda que seja tida como meio, mecanismo ou método extrajudicial de resolução ou solução de conflitos, não se afasta o Poder Judiciário, que deverá verificar possíveis nulidades à sentença arbitral, determinar medidas coercitivas, quando pedidas pelo árbitro, decidir sobre indisponibilidade de direitos ou atuar no seu controle como *custus legis*, junto dos demais mecanismos.

A arbitragem figura como meio pacífico de resolução litigiosa, que usa dos mesmos difusores processuais jurisdicionais, com exceção dos atos de força e executórios, bem como de toda a ordinarização que lá se faz patente, vez que prima pela celeridade acima de qualquer outro escopo. Ainda que possua lide, a forma como se dissolve é, como regra, amigável, por intermédio de terceira pessoa, escolhida pelas próprias partes, sob sua confiança — o árbitro —, a qual, após efetivar o pleno aceite,<sup>17</sup> julgará tudo aquilo que envolva direitos ou interesses patrimoniais disponíveis. Compõe-se por uma convenção arbitral, que se molda pela cláusula compromissória, pactuada antes de havida a lide, ou pelo compromisso arbitral, edificado após a erupção do problema.

Não se intenta transpor a sua utilização a causas que versem sobre direitos indisponíveis,<sup>18</sup> bem porque possuem vedação expressa pela própria Lei de Arbitragem e por

---

<sup>17</sup> O art. 19 da Lei de Arbitragem trata do *contrato de arbitragem*, que se forma entre o(s) árbitro(s) e as partes, quando do seu aceite: “considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”.

<sup>18</sup> Assim entendidos aqueles direitos cujos titulares não podem dispor ou transigir, como as questões de estado (filiação, matrimônio), bem como questões envolvendo direitos metaindividuais (supraindividuais ou transindividuais). Segundo informam os arts. 851 a 853 da Lei n. 10.406/02, respectivamente: “é admitido

normas extravagantes. Deve-se encontrar, ainda que em meio à indisponibilidade, porções disponíveis, como ocorre em muitos dos conflitos que envolvem o Poder Público. Resume-se em alcançar a disponibilidade na indisponibilidade, que não se mostra absoluta.

## **2.1 A obediência ao princípio da legalidade em contraponto à juridicidade**

Em reforço ao que explica Meirelles (2010, p. 89), “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal”. Quaisquer que sejam as vontades, estas devem estar condicionadas à lei e ao Direito, dos quais se entende como expressão de um talante coletivo. No mesmo sentido é o entendimento de Bandeira de Mello (2010, p. 100): “[...] a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal [...]”. O dogma que se formou em torno do estrito cumprimento à lei abrange o Poder Público há muito tempo na História, de modo a conter abusos dos próprios governantes, como ocorria, p.ex., no período patrimonialista ou absolutista. A obediência ao princípio não consiste apenas em abster-se da prática de atos que a lei proíbe, mas em executar somente o que a lei determina.

Essa regra, no momento democrático de Estado, há de ser repensada, pois a lei, ainda que de aparência perfeita, não é capaz de prever a estrutura administrativa caso a caso, seus problemas e as condutas governamentais efetivadas por meio dos seus órgãos. Da mesma forma, o Direito Administrativo evoluiu ao ponto de não só enxergar a lei como seu norte maior, mas o Direito como um todo.

A lei formal, reguladora direta dos atos administrativos, passa a ser vista de modo muito mais flexível, sobretudo em meio à normatividade que ganharam os princípios, tanto constitucionais como infraconstitucionais, regada pela visão constitucional a toda e qualquer ordem normativa. O bloco de legalidade ao qual se vincula a Administração Pública não se encontra mais fechado como antes, quando se partia de modelos burocráticos. A legalidade passa a incorporar não somente a lei, mas também valores, princípios, usos, costumes e equidade. Cria-se um ambiente aberto, conquanto permeado pela justiça, que conduz a Administração não somente por intermédio das rédeas da lei, mas pelo Direito. Assim reafirmam os termos do art. 2.º, parágrafo único, I da Lei n. 9.784/99:<sup>19</sup>

---

compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”. “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”. “Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”.

<sup>19</sup> A Lei n. 9.874/99 regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I – atuação conforme a lei e o Direito.

A toda esta formulação que combina a lei e o Direito, Ferraz (2008, p. 29) denomina *princípio da juridicidade* ou *legalidade em sentido amplo*. O Poder Público não deixa de estar vinculado à lei, e passa a ser influenciado também por princípios implícitos e explícitos.

Não é equivocada a desvinculação da Administração Pública à lei positiva em casos específicos — e não de modo absoluto —, desde que se mantenha aliada à Constituição, que é quem determina, de modo direto, a garantia do Direito ou da ampla legalidade (princípio da juridicidade), mesmo em situações de ausência de norma infraconstitucional, como acontece com a arbitragem, que não está prevista em parte dos regramentos que informam ao Poder Público o modo de resolver os seus conflitos.

A Administração pode agir guiada pela norma positiva, diretamente, ou pela Constituição, independentemente de lei formal, o que permite que se julgue por meio de formas diversas; e pode, sobretudo, usufruir a arbitragem para a resolução dos seus conflitos mesmo sem expressa determinação legal, pois se ampara na Lei Maior e nos ditames axiológicos que a autorizam (FERRAZ, 2008, p. 31). A arbitragem, além de ser forma pacífica de solução de controvérsias,<sup>20</sup> encontra-se arraigada em meio a dois princípios constitucionais que a autorizam: o direito de acesso à justiça<sup>21</sup> e o direito à razoável duração do processo.<sup>22</sup> A justiça deve ser encarada como um valor; e o seu acesso, uma vez ofertado, precisa conter duração palpável por aquele que busca, para que atinja o *status* da *eficiência processual*.

Não se pode manter um único braço de apoio ao acesso à justiça, pois a complexidade de conflitos é cada vez maior. Com um Judiciário em crise, seja pelo excesso de demandas ou pela carência humana e material, a garantia de proteção a qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito deve estar resguardada de algum modo. As posturas unicamente

---

<sup>20</sup> Tanto o preâmbulo constitucional quanto o seu art. 4.º, IV tratam expressamente das formas pacíficas de solução de conflitos: “nós, representantes do povo brasileiro [...] com a solução pacífica das controvérsias [...]”. “Art. 4.º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VII – solução pacífica dos conflitos”.

<sup>21</sup> Cf. art. 5.º, XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>22</sup> Cf. art. 5.º, LXXVIII da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

dogmáticas e tecnicistas devem ser postas de lado a cada dia, não de modo a se renegar o que já fora conquistado, mas a aumentar o leque de abrangência dos modelos de justiça do Estado aos conflitos sociais. O acesso à justiça, pelos olhos da atualidade, cada vez mais está modelado numa visão mais abrangente de meios alternativos de solução de conflitos (BOLZAN DE MORAIS, 1999, p. 107).

## **2.2 O caráter disponível e patrimonial da arbitragem**

O caráter patrimonial que regula o instituto arbitral, bem como a disponibilidade do seu objeto devem ser postos diante de várias discordâncias que surgem por se trabalhar junto ao deslinde de conflitos envolvendo a Administração Pública, que prima pela indisponibilidade do interesse público.

Quando a Lei de Arbitragem faz menção, em seu art. 1.º, a direitos patrimoniais disponíveis, deve-se acatar, de antemão, que tais direitos “são aqueles referentes à tutela dos interesses de âmbito meramente individual” (CRETELLA NETO, 2004, p. 56). Direito disponível corresponde àquele que pode ser objeto de transação ou de acordo entre as partes litigantes. Da junção dos termos, torna-se fácil depreender que “os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles os quais os titulares têm plena disposição” (GUILHERME, 2003, p. 65), isto é, aqueles passíveis de apropriação ou alienação, sendo excluídos desse rol, p.ex., os direitos da personalidade, o poder familiar e os direitos políticos.

Note-se que o problema não é tão simples quando se está diante de conflitos de natureza puramente pública, já que se deve delimitar até onde e o que se pode transacionar. Deve-se levar em conta não somente a natureza do litígio, mas também a qualidade das partes. Fala-se, pois, em arbitragem objetiva (*ratione materiae*) e em arbitragem subjetiva (*ratione personae*) (OLIVEIRA, 2007, p. 10). Qualquer fato diverso ou contrário à órbita de resolução acatada pelo instituto arbitral provocaria não só a inarbitrabilidade do litígio, mas também a anulação da sentença proferida pelo árbitro. A partir do momento em que o legislador de 1996, ao instituir a Lei de Arbitragem, regrou-a à resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, a maioria da doutrina se pôs a refutar a sua entrada em boa parte dos conflitos envolvendo o Poder Público.

O Estado não está imune à responsabilidade patrimonial. Do mesmo modo como ocorre na esfera privada, deve a Administração Pública reparar todo dano causado a terceiro. “Como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos

patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 993). Entretanto, ao se tratar de eventual condenação em demanda arbitral — ou jurisdicional —, a reparação deverá ser feita, como regra, em pecúnia, conquanto não seja impossível avistar o perdimento de bens em favor de um particular ou de outro ente público, já que se é possível a consecução de dação em pagamento, venda, permuta ou doação. Isso significa que a inalienabilidade é relativa e restrita aos casos que a lei determina (MEIRELLES, 2010, p. 565).

A partir das explicações de Talamini e Wladeck (2010, p. 172), o que não se pode deixar de observar como regra legal para que tudo o que foi descrito ocorra é a disposição contida no art. 100 da Constituição Federal de 1988<sup>23</sup> e as regulamentações do Código de Processo Civil. Segundo o seu art. 730,<sup>24</sup> a Fazenda Pública, uma vez condenada a pagar quantia, será citada em novo processo, no Judiciário, para que apresente embargos. Superada esta etapa (com a sua não interposição, rejeição ou a denegação de efeito suspensivo), expedir-se-á o precatório. Caso seja apurado valor pequeno, utilizar-se-á da regra do art. 100, § 3.º da Lei Constitucional.<sup>25</sup> Este valor, consoante os termos do seu § 4.º,<sup>26</sup> poderá ser disciplinado por lei infraconstitucional, desde que não seja inferior ao teto disposto pelo regime geral previdenciário. Somente a partir da expedição do precatório ou da apuração de menor valor é que será possível suprir o pagamento à parte credora por vias diversas, como a dação em pagamento, p.ex., de modo que não se acarrete danos a terceiros, também detentores de créditos junto ao Poder Público.

Regra interessante e muito contestada na atualidade tem sido empregada nas parecerias público-privadas, sob a Lei n. 11.079/04. Nos termos de seu art. 5.º, § 2.º, III,<sup>27</sup> os

---

<sup>23</sup> Cf. art. 100 da Constituição Federal: “os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

<sup>24</sup> Cf. art. 730 do Código de Processo Civil: “na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: I – o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente; II – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito”. Seu art. 731 também disciplina a matéria: “se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito”.

<sup>25</sup> Cf. art. 100, § 3.º da Constituição Federal: “o disposto no *caput* deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado”.

<sup>26</sup> Cf. art. 100, § 4.º da Constituição Federal: “para os fins do disposto no § 3.º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social”.

<sup>27</sup> Cf. art. 5.º, § 2.º, III da Lei n. 11.079/04: “os contratos poderão prever adicionalmente: a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas”.

contratos podem prever que, em havendo rescisão antecipada por parte do Poder Público, as empresas parceiras poderão ser indenizadas a partir de valores oriundos do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), formado, inclusive, por bens desafetados. Segundo o art. 18, § 7.º da Lei, “em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas”. Isso, além de benéfico, constitui-se em fator que quebra a regra do art. 100 da Constituição Federal, cujo capital público em débito, em sentido lato, pode ser utilizado para adimplemento dos credores tanto em virtude de condenação em demanda arbitral quanto em razão de sentenças das quais sobrevenham apenas acordos,<sup>28</sup> sem que se proceda à execução, favorecendo, além da celeridade, a estabilidade do instituto no que concerne à sua aplicabilidade junto à Administração Pública.

Embora a adoção de fundos especiais constitua regra antiga, já manifestada pela Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964,<sup>29</sup> tem sido cada dia mais observada em legislações recentes, em virtude das crescentes inadimplências do Estado para com pessoas jurídicas de direito privado, constituindo-se em modelo necessário e hodierno a ser seguido pelos entes federativos, diante da abertura cada vez maior ao particular para ingresso no serviço público.

### **2.3 A indisponibilidade do interesse público: primazia dos interesses primários e secundários**

Por interesse público, pode-se definir como sendo um bem comum, isto é, aquilo que se faz patente para que a coletividade não somente viva ou sobreviva, mas viva ou sobreviva bem (LEMES, 2007, p. 127). É, sem dúvida, fator representativo das necessidades particulares; e que cabe ao ente público a sua manutenção, sob boa administração, com eficiência e eficácia<sup>30</sup> (AMARAL, 2004, p. 35-38). Ainda que a doutrina divida-se, ora ao ponderar a sua definição concentrada na existência de interesses primários e secundários (corrente civilista), aqui explicitada como abertura à arbitragem de litígios, ora na permanência de interesses públicos, coletivos e difusos (corrente processualista), é prudente

---

<sup>28</sup> Quando a quitação do débito é proveniente de acordo, embora não seja expressa pela Lei, não é vedado que utilize da verba do Fundo.

<sup>29</sup> A Lei n. 4.320/64 regula as normas gerais de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, bem como regula os fundos especiais, em seus arts. 71 a 74.

<sup>30</sup> Por eficiência entende-se o emprego dos corretos métodos e recursos; por eficácia, a aplicação desses mesmos mecanismos condicionados à produção de um resultado efetivo e com sucesso (METCALFE; RICHARDS, 1992, p. 33-34, tradução e interpretação livres).

afirmar a existência de uma teoria universal, que lhe coloca, acima de tudo, o termo *exclusividade*:

Haveria um e apenas um interesse que se pode reputar como público em cada manifestação do poder político. E a este interesse, singular, se oporiam vários interesses privados, atomizados pela coletividade. Inadmitir-se-ia a coexistência ou conflitividade de interesses que sejam supraindividuais [*sic*] ou transindividuais, para lançar mão do ferramental teórico dos processualistas (MARQUES NETO, 2002, p. 86).

Não se pode afastar a indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública não pode abster-se de envidar esforços para a consecução do fim público, coletivo ou geral, o que também resulta em eficiência dos serviços prestados, atuando sempre entre a liberdade de cada cidadão e as exigências coletivas. O que pode, para que seja possível alcançar essa meta, é usar da liberdade que possui para agir, dispor e contratar, sem que renuncie ao ato de tutelar. É, acima de tudo, atuar conforme a lei e o Direito, sobre os contrapisos da boa-fé, da probidade e da adequação entre os meios e os fins, eficientes e econômicos.

O interesse público também se perfaz pela correta aplicação da lei, sendo possível, em certos casos, agir contra a própria Administração, se necessário for à efetivação da vontade coletiva. Reside, além disso, “em assegurar a liberdade dos particulares, evitando intervenções desnecessárias na vida social, observando-se os parâmetros [...] prescritos por lei” (MARQUES NETO, 2002, p. 90). Para a sua proteção, o Estado atua de dois modos distintos: i) como Poder Público propriamente dito, sob a forma da lei, no desempenho de suas funções política e legislativa (interesse público originário ou primário); ii) na qualidade de órgão executor, no desempenho das funções de administração e gestão (interesse secundário ou derivado), sendo nestas possível a abertura à arbitragem (LEMES, 2007, p. 130).

Que toda a atividade da Administração Pública é pautada pelo interesse público não se tem dúvida. Resta saber em quais delas há alteração quanto à sua natureza. Por isso, a subdivisão em atividades-fim e atividades-meio. Quando o Estado está a atuar como garantidor de atividades-fim, está a satisfazer os interesses públicos primários, que se referem às próprias necessidades da sociedade (administração externa). Pelas atividades-meio, está a satisfazer os interesses secundários, que consistem em interesses institucionais, no que concerne aos seus atos, pessoas e serviços (administração interna) (LEMES, 2007, p. 130-131).

Por atividades-fim, podem ser exemplificadas as garantias de caráter essencial à coletividade, como saúde, educação e bem-estar, não passíveis de transigência pelo Poder Público. São supremas e indisponíveis, e, sem dúvida, não se poderia utilizar da arbitragem para dirimir quaisquer conflitos, pois a própria Lei lhe é proibitiva. O fato de não se poder transigir significa, sobretudo, não poder negociar. Não se pode levar a conhecimento de árbitro problema que envolva, p.ex., o aumento da verba destinada ao serviço de saúde; a alteração das alíquotas que compõem o Fundeb,<sup>31</sup> na educação, entre outros. As únicas vias admissíveis, nestes casos, são a judicial ou jurisdicional, que, por meio de sentença proferida por juiz competente pode o Estado ou o particular, sob o seu mando, ser chamado a agir em prol à efetivação dos interesses gerais da população; e a legislativa, que, por meio de lei, pode o Estado ser autorizado a dispor de alguns dos interesses primários garantidos, na medida em que não seja afetado ou afastado o interesse geral da sociedade. A explicação reside no fato de que são inegociáveis os direitos que pertencem não só a um, mas a todos. Por outro lado, o Estado também age na consecução dos interesses negociáveis, por intermédio de atividades-meio, e é nessas que tem vez a arbitragem. São, em regra, atividades ou relações jurídicas de natureza patrimonial disponível, garantidas das atividades-fim.

A Administração Pública, para a consecução do interesse público primário ou das atividades-fim, efetiva relações jurídicas consistentes em contratos relativos a serviços, obras, aquisições ou alienações, em parceria com particulares ou com outros entes públicos. Para tanto, o administrador público, ao convencionar o uso da arbitragem para a resolução de conflitos, deve efetuar uma análise pormenorizada do que está a negociar e se o objeto é realmente disponível ou negociável, sob pena de ter, ao final, uma sentença arbitral nula (FERRAZ, 2008, p. 50).

### **3 CONTROLE INTERNO E EXTERNO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS ADMINISTRATIVOS EM SEDE DE ARBITRAGEM**

Quando se afirma a possibilidade de utilização da arbitragem no setor administrativo logo se indaga se há relativização da atuação do Poder Judiciário; ausência de controle dos atos praticados; ou a prolação de sentenças às escuras, por se tratar de mecanismo essencialmente privado. Poder-se-ia, também, pensar na possibilidade de as partes (particular e Poder Público) maquiarem um Tribunal Arbitral ou processo *ad hoc* que traçaria a

---

<sup>31</sup> O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) é regido pela Lei n. 11.494/07.

resolução do conflito da forma que mais lhes aprouvesse, prejudicando terceiros ou sem expressar qualquer relevância aos princípios de ordem geral, à lei e ao Direito. Também não é inadmissível imaginar que toda sentença proferida pelo árbitro fique sujeita à validação por órgão jurisdicional, justamente porque aquele não dispõe do poder de polícia que possui o Estado-juiz. Chega-se até mesmo a pensar numa sentença válida, porém inexecutável. Essas dúvidas percorrem o instituto desde a sua ascensão, o que têm favorecido para que inúmeras vezes caia em descrédito, tanto na esfera pública quanto privada.

Convém lembrar, entretanto, que não se imputa obrigatoriedade a utilização da arbitragem, nem por lei. A lei que a prevê em âmbito público, ao contrário do que parece ser, deixa livre a sua admissão e adoção, pela prevalência da autonomia volitiva que possuem as partes ao contratarem. Do mesmo modo, o Direito Administrativo, ao embrenhar-se pelo setor contratual, utiliza-se das mesmas regras do Direito Privado. Por isso, a única forma hábil de se estabelecer um vínculo obrigacional é evidenciada por meio de um contrato, que tem por base a prevalência da vontade das partes, consoante dispõe a lei, regrada, além de outros axiomas, pela boa-fé e pela consecução de sua função social.

Na atualidade, não podem ser considerados válidos pensamentos negativos frente à arbitragem, bem porque não há liberdade irrestrita para se pactuar a utilização do instituto à resolução de conflitos na órbita pública. Do mesmo modo que existem formas de controle das atividades legislativas, executivas e judiciárias, existem métodos de controle dos atos administrativos que guardam relação direta com a arbitragem, inclusive de ordem social ou popular.

Não se discute a admissibilidade da arbitragem no âmbito público quando do aparecimento de controvérsias de direitos patrimoniais disponíveis, desde que se tenha convencionado a sua utilização, seja por meio de cláusula compromissória ou compromisso arbitral. O melindre reside na sua condução, desde a efetivação do contrato — inclusive dentre os meios preparatórios (editais; licitação, entre outros) — até uma possível execução de sentença condenatória. Por se tratar de instituto que ocupa lugar no Direito Privado, cujo julgamento se dá por pessoa eleita pelas partes, o trânsito em julgado da sentença que profere o árbitro pode recheiar-se de vícios ou nulidades que maculariam as bases do Direito Administrativo.

Quando o legislador constituinte de 1988 lançou a possibilidade de emprego de formas amigáveis ou pacíficas de resolução de conflitos, não imaginou que incidiriam, ao longo dos anos seguintes, inúmeras relações dependentes de quase-completa fuga do Poder Judiciário. Do mesmo modo, em 1996, quando publicada a Lei de Arbitragem, não se pensava

no alastramento de sua esfera de atuação, inclusive diante de controvérsias entre pessoas jurídicas de direito público e privado. Mas a Lei, dentre todas as benesses que trouxe, mostra-se contemporânea ao não retirar do Judiciário a função de órgão controlador ou fiscal da lei (*custus legis*). Em vários momentos retira do árbitro a possibilidade de decidir sobre eventual problema incidental, como, p.ex., frente à apreciação de interesses indisponíveis ou à necessidade de concessão de medidas antecipatórias ou cautelares. Por isso, não se afirma que, ao se adotar a arbitragem, se repele a jurisdição. O que se faz é provocar uma *relativização* da atuação do órgão estatal, conquanto mantendo-o sempre alerta a qualquer irregularidade que venha a incidir ao longo de todo o seu procedimento. Outra resguarda incide na execução da sentença prolatada pelo árbitro. Como o julgador privado não dispõe de força para conduzir o processo, sua execução, quando necessária, é feita pelo Poder Judiciário, cabendo à parte executada a contestação de fatores que a nulifiquem ou invalidem.

Quando a arbitragem foi prevista ao longo de boa parte da legislação que regula as atividades administrativas, manteve-se sempre por perto a Lei n. 9.307/96, reservando, desse modo, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário a qualquer tempo. Controlar as atividades realizadas na arbitragem não significa retirar do instituto ou do árbitro o poder de julgar que a lei atribuiu; consiste, do mesmo modo que ocorre com os atos que praticam os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, na ação de se manter a segurança jurídica, que, além de ressalvar o instituto de ações malformadas, mantém a transparência, a eficiência e a moralidade dos atos administrativos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O ano de 1996 foi ponto de destaque, pois teve vida a Lei n. 9.307/96 — a Lei de Arbitragem —, que regulamentou o instituto em solo brasileiro, sob o projeto de lei do Senador Marco Maciel. Pela impulsão dos contratos efetivados entre Poder Público e esfera privada, a legislação também a enxertou em seus escritos, mantidos até hoje, com aspectos cada vez mais positivos.

A utilização da arbitragem no âmbito público se dá tão somente em face de conflitos que envolvam interesses patrimoniais disponíveis. A indisponibilidade é assunto que deve ser tratado em vias judiciais ou legislativas — e até mesmo administrativas.

Ponto importante refere-se à arbitragem subjetiva e objetiva. A Administração realiza não só atividades essenciais à coletividade ou *atividades-fim* (muitos definem como sendo *atos de império*), mas também *atividades-meio* ou secundárias, que permitem a consecução

daquelas, como a contratação de serviços terceirizados e de pessoal capacitado para a consecução de obras em geral.

Não se é possível resolver conflitos que envolvam atividades-fim por meio de arbitragem, pois se está a tratar de direito indisponível. Seu enxerto somente pode ser feito em contratos que primam pela consecução de atividades-meio, disponíveis e patrimoniais.

A arbitragem subjetiva diz respeito àqueles que podem contratá-la. O Poder Público não só é capaz, como legítimo para incuti-la nos contratos que perfaz, desde que respeitado o seu objeto (arbitragem objetiva): questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Da garantia dos princípios gerais da Administração Pública, tem-se a concluir que a arbitragem não só prima pela consecução da eficiência e economia, por possuir relação custo-benefício diretamente proporcional ao tempo processual, além de equiparar-se ao Judiciário no que concerne à motivação de todos os seus atos e ao viés público, de baixa — ou nenhuma — sigiliosidade.

Não existem grandes diferenças entre o processo arbitral e o processo jurisdicional. A arbitragem, uma vez prevista, materializa-se pela convenção de arbitragem, da qual é espécie a cláusula compromissória, pactuada antes do conflito, que pode ser ratificada na forma *cheia* (com previsão de todo o procedimento) ou *vazia* ou *em branco* (sem maiores menções); e o compromisso arbitral, efetivado depois de surgido o conflito, sempre na forma *cheia*.

Ao final dos estudos, foram esboçadas as formas existentes de controle dos atos que envolvem arbitragem junto do Poder Público. Sua importância se deve em razão da execução de sentença arbitral condenatória, que pode macular as bases do Direito Administrativo, e, com isso, ferir direitos de terceiros.

O controle pode ser feito pela própria Administração (autocontrole), de modo prévio ou antecipado, para que sejam coibidos vícios desde o ato licitatório até a ratificação do contrato; de modo concomitante, para acompanhamento do processo; e posterior ou sucessivo, depois de decidido o conflito, para que a execução, quando existente, não macule direitos indisponíveis. As averiguações serão feitas por setor responsável, que, constatada qualquer irregularidade, deve, conforme o caso, conduzir o fato ao Poder Judiciário ou Ministério Público para apuração de provável ilegalidade ou improbidade administrativa.

O controle dos atos também é feito Tribunal de Contas, que possui funcionamento amplo. A Corte atua tanto como órgão verificador, quanto sancionador, e, do mesmo modo, conduz à esfera jurisdicional os casos que entender relevantes.

O controle parlamentar, realizado pelo Poder Legislativo, atua na consecução de pedidos de informação, convocações pessoais, fiscalização e na instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Isso garante que se mantenha em estabilidade a base tripartite de Estado, de modo que todos os poderes atuem em harmonia, mas que ajam no controle uns dos outros, a todo o tempo.

Diferentemente das épocas burocrática e desenvolvimentalista, nas quais inexistia um olhar incidente sobre os atos administrativos, senão por meio do sufrágio, o controle social ou popular é fruto dos ideais democráticos alcançados ao longo dos anos. Garante-se, inclusive por meio eletrônico, como o modelo disposto no sítio da Corregedoria Geral da União, que a coletividade possa acompanhar a vida pública, sobretudo quando em meio à disponibilidade e indisponibilidade de direitos. Entretanto, ainda é ponto a ser explorado ao longo dos anos. Somente alguns conselhos têm sido efetivados, conquanto de baixa força impositiva.

Por fim, há o controle efetivado pelo Poder Judiciário e Ministério Público. São sete as formas pelas quais se manifesta: a) *habeas corpus*; b) *habeas data*; c) mandado de segurança; d) mandado de injunção; e) ação direta de inconstitucionalidade; f) ação popular; g) ação civil pública. Dentre todas elas, umas sem relevância no meio arbitral, como no caso do *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade e ação civil pública, o mandado de segurança e a ação popular proporcionam que se efetive a proibidade dos atos emanados do Poder Público, além de se ter o Ministério Público como o quarto poder da República.

Todas essas formas de controle não podem retirar da arbitragem, quando lícita, a legitimidade, traduzida por seus principais aportes: celeridade, não-recursividade, eficiência, economicidade e praticidade. Trata-se de instituto que prima por manter vivo o vínculo contratual, motivo que lhe cabe a denominação *meio de administração de conflitos*.

## **REFERÊNCIAS**

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Almedina: Lisboa, 2004.

ANDREWS, Christina W.; KOUZMIN, Alexander. O discurso da nova Administração Pública. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 45, São Paulo, 1998, p. 97-129.

BAER, Werner. Dos ajustes aos choques externos à crise provocada pela dívida: 1973-85. In: \_\_\_\_\_. *A economia brasileira*. Tradução Edite Sciulli. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Nobel, 2002, p. 108-138.

BAILEY, Stephen K. O interesse público: alguns dilemas funcionais. In: FRIEDRICH, Carl J. *Nomos I: o interesse público*. Tradução Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 103-113.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENDIX, Reinhard. *Max Weber: um perfil intelectual*. Tradução Elisabeth Hanna e Jose Viegas Filho. Brasília: UnB, 1986.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: 34; Brasília: ENAP, 1998.

\_\_\_\_\_. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: \_\_\_\_\_; SPINK, Peter Kevin (orgs.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Tradução Carolina Andrade. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006a, p. 21-38.

\_\_\_\_\_. Da Administração Pública burocrática à gerencial. In: \_\_\_\_\_; SPINK, Peter Kevin (orgs.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Tradução Carolina Andrade. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006b, p. 237-270.

CRETILLA NETO, José. *Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DUSO, Giuseppe. Introdução. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Poder: história da filosofia política moderna*. Tradução Andrea Ciacchi, Líssia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 113-121.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Globo, 2000.

FERRAZ, Rafaella. *Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública: exame a partir da participação do Direito Administrativo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FIGUEIREDO, Cláudio Eduardo Regis de. *Administração gerencial e a reforma administrativa no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2004.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

IANNI, Octávio. *Capitalismo, violência e terrorismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

METCALFE, Les; RICHARDS, Sue. *Improving public management*. 2. ed. London: Sage, 1992.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 2006.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007.

PICCININI, Mário. Poder comum e representação em Thomas Hobbes. In: DUSO, Giuseppe (org.). *Poder: história da filosofia política moderna*. Tradução Andrea Ciacchi, Líssia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 122-141.

SAMTLEBEN, Jürgen. Histórico da arbitragem no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, parte I, p. 33-61.

TALAMINI, Eduardo; WLADECK, Felipe Sripes. Sentença arbitral e liquidez. In: PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coords.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159-175.

\_\_\_\_\_. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1999.