

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

JAQUELINE FERNANDA DE BARROS

A ARBITRAGEM, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS CONTRATOS DE
CONCESSÃO: **um estudo sobre a sua aplicabilidade**

Recife
2011

JAQUELINE FERNANDA DE BARROS

**A ARBITRAGEM, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS CONTRATOS DE
CONCESSÃO: um estudo sobre a sua aplicabilidade**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharela em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientadora: Prof. Mestra Clarissa Marques

Barros, Jaqueline Fernanda de.

A arbitragem, a administração pública e os contratos de concessão: um estudo sobre a sua aplicabilidade. / Jaqueline Fernanda de Barros: O Autor, 2011.

58 folhas.

Orientador(a): Msc. Clarissa Marques.

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Arbitragem 3. Contratos de Concessão 4. Cláusulas Econômicas 5. Possibilidades
I. Título.

340 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2011- 084

Jaqueline Fernanda de Barros

**A ARBITRAGEM, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS CONTRATOS DE
CONCESSÃO: um estudo sobre a sua aplicabilidade.**

DEFESA PÚBLICA em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientadora: Prof. Mestra Clarissa Marques

1º Examinador: Prof. Dr.

2º Examinador: Prof. Dr.

Agradeço a Deus que me presenteou com muita força de vontade, inteligência e oportunidades para conseguir chegar até aqui.

Aos excepcionais professores de Direito Processual Civil da Faculdade Damas.

Às professoras Nair Leone e minha orientadora Clarissa Marques pela paciência e pelo aprendizado.

Aos amigos pela torcida de sempre.

Em especial aos meus tios Luiz Gonzaga *in memoriam* e Julita pelo incentivo e palavras otimistas de sempre e ao meu pai pelos mesmos motivos e pelo esforço na minha formação.

LISTA DE SIGLAS

CF	-	Constituição Federal
CPC	-	Código de Processo Civil
LA	-	Lei de Arbitragem
LC	-	Lei de Licitações e Contratos

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso objetiva mostrar a possibilidade da aplicação do instituto da arbitragem aos contratos de concessão quando os litígios entre o poder concedente e o concessionário estiverem relacionados com as cláusulas econômicas do contrato, uma vez que tal matéria tem natureza de direito patrimonial disponível. Pretende-se também demonstrar que nesses casos os princípios da legalidade, do juiz natural, da publicidade e da indisponibilidade dos interesses públicos não são violados. E ainda em termos gerais mostrar a importância do instituto da arbitragem, que embora não tenha ganhado a aplicabilidade devida, não apenas porque o instituto passou a ter regulamentação própria recentemente, mas também pelo fato de que nem todas as matérias podem ser submetidas à arbitragem, ele ressurgiu como alternativa célere de solução de conflitos se comparada à hibernação dos processos judiciais brasileiros, já que o instituto não dispõe de inúmeras espécies recursais que a jurisdição estatal, além do fato de que as partes podem, inclusive, acordar previamente o prazo de conclusão da sentença arbitral. Além disso, é marcante na arbitragem a especialidade dos árbitros, que podem ser escolhidos pelas partes dentre especialistas na matéria objeto do litígio e desse modo pode-se obter um julgamento mais acertado em termos técnicos.

Palavras-chave: arbitragem; contratos de concessão; cláusulas econômicas; possibilidade.

ABSTRACT

This conclusion of course work aims to show the possibility of applying the Arbitration Institute of the concession when the disputes between the grantor and the concessionaire is related to the economic clauses of the contract, since this matter has the nature of economic rights available. We also intend to demonstrate that in such cases the principles of legality, of the natural judge, advertising and the unavailability of public interests are not violated. And in general terms to show the importance of the institution of arbitration, although that has not won the applicability due, not only because the institute now has its own regulation only recently but also by the fact that not all materials may be submitted to arbitration he emerges as an alternative rapid conflict resolution compared to the hibernation of the Brazilian judicial processes, as the institute does not have many species that the appellate jurisdiction state, besides the fact that the parties can even agree in advance the completion period the award. In addition, arbitration is apparent in the specialty of the arbitrators, which can be chosen by the parties among specialists in the subject matter of the dispute and thus can obtain a more accurate judgments in technical terms.

Keywords: arbitration; concession contracts; economic clauses; possibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO 1 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA ARBITRAGEM	
1.1 Conceito, histórico e natureza jurídica da arbitragem.....	10
1.2 Peculiaridades da arbitragem.....	18
1.3 Arbitrabilidade objetiva e subjetiva.....	20
CAPÍTULO 2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	
2.1 Um novo papel do Estado.....	22
2.2 Princípios que regem a atividade administrativa.....	25
2.3 Características e peculiaridades dos contratos administrativos.....	28
CAPÍTULO 3 APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO	
3.1 Divergências doutrinárias.....	31
3.2 Interesse público primário e secundário.....	43
3.3 Os contratos de concessão.....	45
3.4 Aspectos contratuais passíveis de aplicação da arbitragem.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

A presente monografia intitulada “A arbitragem, a Administração Pública e os Contratos de Concessão: um estudo sobre a sua aplicabilidade”, objetiva defender a possibilidade de aplicação da arbitragem aos contratos administrativos de concessão. O subtítulo visa identificar quais aspectos dos contratos de concessão podem ser arbitráveis, uma vez que apenas os direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto do procedimento arbitral.

Visa-se precipuamente destacar a importância atual da arbitragem como método de solução de litígios caracterizado pela celeridade e especialidade dos árbitros, que volta a se destacar no Brasil como uma alternativa extrajudicial de pacificação que contrasta com a morosidade da prestação jurisdicional brasileira.

Em regras gerais tem-se por objetivo demonstrar a possibilidade de aplicação da arbitragem aos contratos administrativos de concessão para solucionar conflitos de conteúdo estritamente econômico, a despeito da revisão necessária para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Pretende-se mostrar que o Estado passou por mudanças na sua forma de atuação em decorrência de fatores econômicos que ocasionaram o declínio da intervenção estatal na economia e além disso que diante da crescente formação de parcerias entre o Estado e os particulares passou a haver uma certa flexibilização dessa posição de supremacia estatal frente ao particular, diante da importância dos investimentos destes últimos em serviços delegados pelo Estado e que beneficiam toda a sociedade.

Além dessas razões, traz-se argumentos de que a aplicação da arbitragem sob determinados aspectos dos contratos administrativos não ofende os princípios da legalidade, do juiz natural, da publicidade nem o da indisponibilidade dos interesses públicos.

O primeiro capítulo contém a conceituação e algumas características da arbitragem, sua natureza jurídica, a evolução da sua aplicabilidade no Brasil e sua relação histórica com o Direito Administrativo, e em síntese aborda a importância do instituto na atualidade.

O segundo capítulo mostra a evolução do papel do Estado na forma de condução da economia, que passou de intervencionista para ser regulador da atividade econômica, fase na qual surge uma tendência à flexibilização da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, em razão da crescente valorização dos interesses individuais. Aborda-se ainda alguns

princípios que regem a atividade administrativa, a conceituação e as características mais marcantes dos contratos administrativos.

O terceiro capítulo traz os argumentos doutrinários contrários e os favoráveis à aplicação da arbitragem nos contratos de concessão, as peculiaridades desses contratos e quais de seus aspectos podem ser arbitráveis, assim como jurisprudência sobre a matéria.

A pesquisa é baseada especialmente em conteúdos extraídos de livros e artigos de revistas jurídicas, além de legislação relacionada à matéria e jurisprudência, adotando a linha teórico-metodológica hermenêutica.

CAPÍTULO 1 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA ARBITRAGEM

1.1 Conceito, histórico e natureza jurídica da arbitragem

A arbitragem pode ser conceituada como “uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial”, no entanto, para poder utilizar-se dessa forma de solução de controvérsias, as partes devem ter capacidade civil e o litígio deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.¹

É um dos métodos de solução de conflitos mais antigos, que remonta da época na qual as autoridades públicas não se encarregavam ainda de garantir a justiça e a paz social. Carreira Alvim bem explica que “quando ainda inexistia o Estado, como poder político, os conflitos de interesses eram resolvidos pelos próprios litigantes, ou pelos grupos a que pertenciam, sendo a transposição dessa modalidade de justiça privada para a justiça pública produto de uma lenta e segura evolução”.²

Moreira Alves explica que a evolução arbitral com base em indícios passou por quatro etapas.³ Na primeira delas os conflitos eram resolvidos por meio da força e o Estado intervinha apenas nas questões ligadas a religião. Na segunda etapa, a vítima ao invés de utilizar a vingança, prefere fazer um acordo com o ofensor e receber uma indenização justa para ambos, ou determinada por um terceiro, o que se chamava de arbitramento facultativo. Na terceira etapa, surgiu o arbitramento obrigatório, onde o Estado passou a impor às partes a escolha de um árbitro que determinasse a indenização cabível ao ofensor, bem como passou a assegurar a execução da sentença. Na quarta e última etapa, o Estado afasta o emprego da justiça privada e utiliza-se de funcionários seus para solução dos conflitos privados, podendo utilizar-se da força para cumprir suas decisões.

Mesmo após a instituição da chamada justiça pública e a possibilidade de resolução dos conflitos através de órgãos estatais, a arbitragem ainda continuou a existir, mas como

1 CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 27

2 ALVIM, J. E. Carreira. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 02

3 MOREIRA ALVES, José Carlos *apud*. ALVIM, J. E. Carreira **Direito Romano**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 203/204.

modo secundário de solução de conflitos.⁴

A partir do desenvolvimento econômico das sociedades e o conseqüente surgimento das relações nacionais e internacionais de consumo, ressurgiu a ascensão da arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos que podem ser solucionados sem a intervenção estatal, sem, contudo retirar essa prerrogativa do poder judiciário, que não perderia seu poder de instituição aplicadora da justiça.

Nas sociedades modernas, especialmente nos países mais desenvolvidos onde há longa escala de contratos internacionais, a arbitragem tornou-se uma importante ferramenta de solução de conflitos, cuja tendência de aplicação é sempre crescente ante a globalização da economia mundial. E diante do aporte econômico e interesses que envolvem tais contratos é interessante que as partes envolvidas e que eventuais conflitos que surjam no decorrer do contrato sejam solucionados de forma rápida e eficiente, quer por um ou mais árbitros escolhidos pelas partes, quer por um tribunal arbitral que decidirá o conflito. A arbitragem mais do que um fenômeno internacional, é um fenômeno intercultural.⁵

Nesse sentido, Antônio José de Mattos Neto bem ressalta que “os meios alternativos de composição de litígios vêm adquirindo prestígio e relevância na aldeia global jurídica contemporânea”⁶. Acrescenta o autor que a Lei 9.307/96 “burilou uma nova faceta no direito brasileiro”. Por esse viés, amoldou-se o Estado brasileiro às exigências da modernidade na medida em que:

[...] harmoniosamente aos dias que correm, o Estado Leviatã tutelar cede lugar ao Estado de respeito à iniciativa privada jurídica, onde o poder de reger o litígio é ofertado à comunidade para ser promovido pela iniciativa particular, sem roubar da oficialidade o monopolístico poder jurisdicional.⁷

Os antecedentes históricos da arbitragem no Brasil estiveram presentes no ordenamento jurídico brasileiro desde épocas remotas. Nesse sentido, a Constituição Imperial de 1824 no art. 160, previa que nas causas cíveis e nas penais intentadas, poderiam as partes nomear juízes árbitros, cujas sentenças eram executadas sem recurso se assim

4 ALVIM, J. E. Carreira. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 02

5 *Id.*, *Ibid.*, p. 02

6 MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis à luz da lei de arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 122, abr. 2005. p. 150

7 *Id.*, *Ibid.*, p. 151

convencionassem as partes.⁸

Não apenas no âmbito dos contratos internacionais a arbitragem ganha relevo, mas também nos contratos firmados com a Administração Pública e os investidores internos, interessados em firmar parcerias com os Estados para a consecução de obras ou serviços de interesse estatal, mas que devido à carência de recursos econômicos o Estado delega a sua execução aos particulares.

Alvim menciona que seguindo linha do Código Comercial Francês de 1807, o Código Comercial Brasileiro de 1850, previa em seu art. 20, em discordância com a Constituição daquela época, a instituição forçada da arbitragem para determinadas causas, dentre elas aquelas surgidas entre sócios de sociedades comerciais, durante a sua existência ou por ocasião da sua liquidação e partilha.⁹

Salienta, que embora a arbitragem fosse facultativa na carta política de 1824 ela tinha um caráter coativo ou forçado, cuja obrigatoriedade foi revogada pela Lei 1.350 de 1866, mantendo-se a arbitragem facultativa pelo Decreto nº 3.900 de 1867 que regulamentou a Lei 1.350 para inserir a permissão de julgamento equitativo mediante autorização da partes.¹⁰

Por sua vez, as Constituições de 1946, 1967 e 1969 silenciaram sobre a arbitragem, no entanto o Código Processual Civil de 1973 consagrou o juízo arbitral que foi disciplinado na parte relativa aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.¹¹

A Constituição de 1988 consagrou expressamente a possibilidade de aplicação da arbitragem no art. 114, §§ 1º e 2º, que posteriormente passou a ser disciplinada pela Lei 9.307/96 cuja constitucionalidade já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal.¹²

Acerca da natureza jurídica da arbitragem os estudos doutrinários não apresentam entendimento pacífico, e quase sempre caracterizam a arbitragem como sendo instituto de natureza pública, privada ou mista.

Os que sustentam a natureza da arbitragem como de direito público atentam para seu aspecto jurisdicional, já os que a classificam como de natureza privada, definem a arbitragem como instituto negocial ou contratual.¹³

No entanto é comum o estudo sobre a natureza jurídica da arbitragem ser agrupado em

8 ALVIM, J. E. Carreira. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.. p. 05/06

9 OLIVEIRA FILHO, Cândido de *apud*. ALVIM, J. E. Carreira. **Curso de prática do processo**. Rio de Janeiro: Cândido de Oliveira Filho, 1938. p. 05

10 ALVIM, J. E. Carreira. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 03-06

11 *Id.*, *Ibid.*, p. 04

12 *Id.*, *Ibid.*, p. 05

13 BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal 2ª Região**, Rio de Janeiro: EMARF-TRF 2ª Região, v. 9, n. 01, abr. 2007. p. 418

três classificações: 1) a primeira delas seria a das teorias privatistas ou contratuais; 2) a segunda das teorias jurisdicionalistas; e 3) a das teorias intermediárias ou mistas.¹⁴

As teorias privatistas consideram a arbitragem como instituto de natureza essencialmente privada, posto que a relacionam a um negócio jurídico (contrato), justificando tal raciocínio nas formas romanas de solução de conflitos, nas quais as soluções se davam, a princípio, por iniciativa dos próprios interessados ou por grupos aos quais pertenciam, que se utilizavam da vingança privada.¹⁵

Posteriormente, os conflitos deixavam de ser resolvidos pelas partes que passaram a eleger um terceiro estranho ao conflito para solucionar o caso, o árbitro. Inicialmente esse arbitramento era facultativo e depois passou a ser obrigatório, mas sempre os árbitros eram escolhidos pelas partes, o Estado assegurava a execução da decisão caso não houvesse adimplemento voluntário.¹⁶

Por essa razão é que se sustenta a natureza essencialmente privada da arbitragem, uma vez que mesmo no arbitramento obrigatório, os árbitros eram escolhidos pelas próprias partes e a intervenção estatal se dava apenas para afirmar os compromissos assumidos pelas partes.¹⁷

Tal corrente é abraçada por Chiovenda, cujos precursores defendem a natureza contratual da arbitragem pois veem o recurso ao árbitro como um acordo, cujo objetivo é a renúncia à jurisdição, e, por conseguinte, à ação para a solução de determinada controvérsia.¹⁸

Os defensores das teorias jurisdicionalistas da arbitragem, entendem que esta encarta não a vontade das partes, mas sim a do legislador, posto que é a vontade do próprio Estado que se traduz na lei para então solucionar os conflitos de interesses das partes.

Embora reconheçam que a arbitragem não se reveste da característica de tribunal, entendem que os árbitros são “juízes revestidos de autoridade pública” cujas soluções possuem a mesma natureza daquelas proferidas pelos juízes permanentes, por se tratar de uma “jurisdição extraordinária e de caráter público”.

Essa corrente é comandada por Mortara que defende a natureza publicista (ou processualista) da arbitragem, sustentam seu verdadeiro caráter jurisdicional, vendo na arbitragem uma atividade que viceja ao lado da jurisdição estatal, com idêntica finalidade¹⁹.

14 BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal 2ª Região**, Rio de Janeiro: EMARF-TRF 2ª Região, v. 9, n. 01, abr. 2007. p. 418

15 *Id.*, *Ibid.*, p. 419/420

16 *Id.*, *Ibid.*, p. 419/420

17 *Id.*, *Ibid.*, p. 420

18 ALVIM, J. E. Carreira. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 38

19 *Id.*, *Ibid.*, p. 39

As Teorias Intermediárias ou Mistas interpretam a arbitragem como uma reunião de elementos tanto de direito público quanto privados, isto porque para eles a arbitragem seria fruto da vontade das partes (contrato) revestida de bases jurisdicionais, assim entendidas como “as sujeições e as limitações a que a vontade das partes é submetida, como ocorre nos tribunais, no exercício mais tradicional da jurisdição”.

Para os defensores desta teoria como Carnelutti ela seria “uma instituição contratual nas suas origens e jurisdicional nos seus efeitos”.²⁰ Fundamenta-se no fato de que a decisão do árbitro não tem força de sentença, porquanto precisa do decreto de excoutoriedade para se tornar obrigatória.²¹

Além da arbitragem, existem outros meios extrajudiciais de solução de litígios que as partes podem dispor, tais como a conciliação, a mediação e a transação, que podem ser vistos como uma “técnica complementar portadora de uma resposta mais simples, mais rápida e mais adequada à resposta jurisdicional”.²²

A conciliação se aproxima da arbitragem porque também objetiva a solução do litígio e envolve a participação de uma terceira pessoa estranha à relação, a exemplo do conciliador e pode tanto resultar de lei ou da vontade das partes, ou funcionar de forma institucionalizada ou não. A conciliação e a arbitragem divergem no ponto que concerne ao terceiro interveniente na relação, pois na arbitragem, o árbitro tem o poder de decidir o conflito, por essa razão é um meio heterocompositivo de solução diferente da conciliação na qual o conciliador apenas recomenda ou faz sugestões às partes para que solucionem o conflito, dada a natureza autocompositiva da conciliação.²³

O mesmo critério de distinção entre conciliação, arbitragem e o terceiro interveniente se aplica à mediação, pois nesta o interveniente tem uma atuação mais acentuada, pois o mediador pode apresentar às partes propostas para a solução da controvérsia.²⁴

A transação, por sua vez, é ato pelo qual as partes fazem entre si concessões recíprocas acerca de um direito patrimonial disponível. A transação tem como característica a possibilidade de ser preventiva ou extrajudicial ou judicial propriamente dita, nesse último caso quando já houver um processo pendente.²⁵

A intrínseca relação entre o Direito Administrativo e a arbitragem remonta o início só

20 ALVIM, J. E. Carreira. **Direito arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 37/38

21 Tal procedimento não necessário no Brasil, isso porque a lei de arbitragem determina que a sentença arbitral não necessita de homologação judicial e tem força de título executivo

22 ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2004. p. 82

23 *Id.*, *Ibid.*, 83/85

24 *Id.*, *Ibid.*, 86/87

25 *Id.*, *Ibid.*, 88/92

no século XIX e até a atualidade passou por processos evolutivos.²⁶

A primeira fase compreendida entre o século XIX e a primeira metade do século XX coincide com o período do chamado Estado Liberal no qual a arbitragem e o direito administrativo era interdita, porque o papel do Estado e das entidades públicas era incompatível com o instituto marcado pela liberdade das partes, associado ao fato de que a Administração dispunha de órgãos próprios para solução de seus conflitos. As manifestações de natureza arbitral existentes nessa época eram tidas como uma complementação da justiça oficial e não como método alternativo e concorrente para solução de litígios. É que nessa fase era mínima a intervenção estatal na economia, fato que não ensejou o desenvolvimento de mecanismos arbitrais.²⁷

No período conhecido como pós-guerra até a década de oitenta houve o declínio do Estado Liberal, havendo uma substancial transformação do papel do Estado na vida social, no qual este além da defesa das liberdades e garantias dos cidadãos, passou também a intervir na vida econômica e sociocultural para satisfazer direitos dos cidadãos merecedores de tutela jurisdicional. Nessa fase, alguns doutrinadores passaram a defender a redução da interdição da arbitragem no Direito Administrativo.²⁸

A arbitragem em muito se distingue da jurisdição comum. Uma das principais diferenças é a celeridade que contrasta com a hibernação dos processos judiciais brasileiros, visto que a Lei de Arbitragem (LA) prevê no art. 23, que instituída a arbitragem, o árbitro terá um prazo de até seis meses para proferir sentença, salvo estipulação das partes em contrário, que tanto poderão prorrogar quanto diminuir esse prazo.

O objetivo principal da lei de arbitragem na opinião de Antônio José de Mattos Neto é promover a paz social, por meio da composição alternativa de litígio, desafogando o Poder Judiciário, que acrescenta ainda:

Tal forma de solução de controvérsia está consentânea com os princípios e modelo do atual Estado, em que o cidadão é o centro dos interesses da sociedade e, conseqüentemente, seu voluntarismo passa a ser elemento político dentro de políticas públicas de solução de conflitos.²⁹

26 ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2004. p. 136

27 *Id.*, *Ibid.*, p. 136/142

28 *Id.*, *Ibid.*, p. 142/145

29 MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis à luz da lei de arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 122, abr. 2005. p. 165

Dessa forma, a arbitragem surge como uma alternativa mais célere para solução de conflitos, deixando a cargo do Judiciário apenas questões que não possam ser resolvidas na via arbitral.

Convém ressaltar que a arbitragem também se propõe como um fator de acesso à justiça, que comumente é confundido com as demandas judiciais, desprezando-se que as formas extrajudiciais de solução de litígios são também formas de acesso à justiça.

Com relação ao acesso à justiça, Mauro Cappelletti propõe três soluções que denomina ondas de acesso à justiça, a primeira delas consistente em proporcionar serviços jurídicos para os pobres; a segunda na representação dos interesses difusos em juízo; a terceira onda seria uma concepção mais ampla do acesso à justiça que incluiria a advocacia, judicial ou extrajudicial e vai mais além num conjunto geral de procedimentos usados para processar ou prevenir disputas nas sociedades modernas. Esse novo enfoque no acesso relaciona-se com meios alternativos para decidir causas judiciais, tais como a arbitragem, a conciliação e os incentivos econômicos para solução de litígios fora dos tribunais, o que nos transmite a ideia de que os acordos extrajudiciais devem ser estimulados.³⁰

O instituto deve ser igualmente prestigiado quando o conflito envolver a Administração e um direito patrimonial disponível, uma vez que os mecanismos de indisponibilidade processual que dispõe a fazenda pública tais como a incorrência da revelia em prol da fazenda quando no processo estiver envolvido interesse público (art. 320 do Código de Processo Civil (CPC); inexistência do ônus da impugnação específica dos fatos alegados pela parte adversa (art. 302, I, c/c 351, CPC); a não concepção da confissão pelo poder público (art. 351, CPC) e em algumas situações o reexame necessário das decisões desfavoráveis à fazenda, suas autarquias e fundações, além dos privilégios de prazos dilatados, regime de execução por precatórios, o poder de formação de título executivo unilateralmente e etc. São mecanismos que não apenas beneficiam a fazenda pública como contribuem para a hibernação dos processo judiciais e de certa forma dificultam o acesso à justiça.³¹

Edison Reinert salienta que “frente à necessidade de maior agilidade no julgamento de questões com teor extremamente complexo, faz-se necessária a utilização da arbitragem para por termo aos diversos e mais variados conflitos”.³²

Além disso, a sentença arbitral não necessita de homologação judicial posterior, pois

30 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31-90

31 TALAMINE, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 128, out. 2005. p. 63

tem executoriedade plena, valendo inclusive como título executivo judicial³³ para as hipóteses nas quais a parte sucumbente não cumprir a determinação proferida na sentença arbitral.

Nesse procedimento as partes podem escolher os árbitros dentre os profissionais mais experientes na matéria do litígio, ou mesmo escolher um órgão especializado em arbitragem, assim como podem também decidir se o julgamento se dará por equidade ou por regras de direito, além dos tipos de provas que serão admitidas.

Flávio Hiroshi Kubota acrescenta que:

[...] há diversas situações que, além de conhecimentos jurídicos da matéria a ser julgada, torna-se imprescindível que o julgador adentre na análise de questões técnicas, nas quais apenas o conhecimento jurídico demonstra ser suficiente para o adequado julgamento do mérito da causa. Neste sentido, a aplicação do instituto da arbitragem resulta como consequência natural do processo de especialização, em razão da complexidade das relações existentes na sociedade contemporânea.³⁴

Outro fator importante é que inexiste na arbitragem a obrigatoriedade de publicação dos atos do procedimento, dos quais as partes são intimadas pessoalmente e não de forma pública como nos processos judiciais, dado o caráter sigiloso do procedimento, o que implica dizer que no procedimento arbitral não há publicação oficial dos atos.

Existe também no procedimento arbitral a possibilidade de anulação da sentença quando esta incorrer em algumas das hipóteses do art. 32 da LA, cabendo a parte interessada recorrer ao judiciário para que seja declarada a nulidade da sentença, pois como já visto o procedimento não dispõe de instância recursal.³⁵

Dessa forma, o procedimento arbitral se coaduna perfeitamente àquelas situações nas quais as partes tenham interesse na solução rápida do conflito.

32 REINERT, Edison Eduardo Borgo. Contratos administrativos e a aplicabilidade de lei de arbitragem. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte: Fórum, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010. p. 93

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

34 KUBOTA, Flávio Hiroshi. Análise acerca da utilização do instituto da arbitragem pela administração pública e em parcerias público privadas. **Boletim de licitações e contratos-BLC**, São Paulo: NDJ, ano XIX, n. 5, mai. 2006. p. 445/446

35 Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

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

A arbitragem apenas torna-se pouco viável para solução de demandas de pequeno valor, visto que a remuneração dos árbitros é feita pelas próprias partes, fato que a torna mais interessante para soluções que versem sobre relações comerciais internacionais, ou quando a demanda tiver interesse material mais elevado do que aqueles comumente levados aos juizados de pequenas causas, considerando, além disso, que grande parte dos demandantes das judiciais brasileira são beneficiários da justiça gratuita e utilizam os serviços das defensorias públicas.

1.2 Peculiaridades da arbitragem

A lei de arbitragem contém no art. 2º a previsão de que ao julgamento do procedimento arbitral poderão ser aplicadas tanto regras de direito quanto de equidade, a critério das partes, que podem escolher livremente quais as regras de direito aplicáveis, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública, ou até mesmo convencionar que ela se realize com base nos princípios gerais de direito nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. Quanto ao critério da utilização das regras de direito aduz Carreira Alvim:

Tanto na atividade jurisdicional estatal quanto na arbitragem, são compreensivas o direito substancial e formal, qualquer que seja sua fonte ou hierarquia, compreendendo todo o elenco de normas do art. 59 da Constituição – a própria constituição, emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções-, e mais, os decretos regulamentares, os decretos autônomos, os decretos-leis ainda em vigor, enfim, todo ato normativo (inclusive de direito singular: instruções, portarias, estatutos), independentemente da categoria que ocupem no ordenamento jurídico, bem assim o direito estrangeiro, consoante o Direito Internacional Privado brasileiro (Lei de Introdução ao Código Civil), e também as regras de direito relativas ao Mercosul.³⁶

O julgamento arbitral por equidade é aquele no qual o árbitro, por vontade das partes e ao largo da regra geral, busca formular e aplicar uma outra regra particular para determinação do caso, que deverá elaborar de acordo com a sua própria consciência, observando

³⁶ ALVIM, J. E. Carreira. **Direito arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 160

determinados princípios sociais e morais em tudo análogos àqueles que inspiram o legislador quando elabora a norma legal.³⁷

Outro aspecto da arbitragem é a existência da cláusula compromissória e do compromisso arbitral. Carreira Alvim menciona que a diferença entre ambas está em que a cláusula compromissória consubstancia uma obrigação de firmar o compromisso, enquanto o compromisso é a satisfação dessa obrigação; são ambas espécies do gênero “obrigação de fazer”.³⁸

A cláusula compromissória é uma convenção preestabelecida pelas partes que acordam remeter a um árbitro controvérsias que porventura possam surgir de determinada relação jurídica, retirando, dessa forma, a matéria da apreciação da jurisdição ordinária.³⁹ Note-se que essa relação jurídica necessariamente não precisa ser contratual, pois como ensina Carmona pode ser “relação de vizinhança ou a exercício de servidão”.⁴⁰

A cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas que possam surgir de uma relação entre as partes.⁴¹

A doutrina distingue a cláusula compromissória em cheia e vazia, esta última ocorre quando não se reportar as regras do art. 7º da LA, ou seja, quanto a não determinação dos árbitros para constituição do juízo arbitral, aquela ocorre quando as partes fazem menção a determinado órgão arbitral ou entidade especializada (arbitragem institucional).

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.⁴² O compromisso será sempre firmado, consoante acrescenta Carreira Alvim “não se podendo falar em compromisso a não ser em face de um litígio atual e concreto, sendo um dos requisitos de sua validade a matéria que será objeto da arbitragem” (art. 10, III, LA) e que outra coisa não é senão o pedido relacionado ao litígio que será submetido à decisão do árbitros.⁴³

Portanto, pode haver a previsibilidade no contrato (cláusula compromissória) ou ser a

37 MANDRIOLI, Crisanto *apud*. ALVIM, J. E. Carreira. **Corso di diritto processuale civile**. Torino: G. Giappichelli, 1993. p. 162

38 ALVIM, J. E. Carreira. **Direito arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 219

39 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.

40 CARMONA, Carlos Alberto *apud*. ALVIM, J. E. Carreira. **A arbitragem no processo civil brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 1993. p. 84

41 *Op. cit.*, p. 221

42 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.

43 *Op. cit.*, p. 219/220.

arbitragem imposta após o surgimento do conflito (compromisso arbitral), que será assinado antes da submissão do conflito à arbitragem.

1.3 Arbitrabilidade objetiva e subjetiva

O conceito de arbitrabilidade objetiva e subjetiva relaciona-se com a previsão contida no art. 1º da LA de que *as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*. A doutrina relaciona a arbitrabilidade subjetiva com a capacidade das pessoas de contratar, e a objetiva com a disponibilidade do direito passível de transação na via arbitral.⁴⁴

Entende-se que quando a LA menciona que as pessoas capazes de contratar, podem submeter seus litígios à arbitragem, o faz de forma abrangente para incluir não apenas as pessoas físicas mas também as jurídicas, e nesse caso abrange também os entes administrativos nas suas relações contratuais firmadas com os particulares.

Embora a arbitragem se apresente como uma forma alternativa de solução de conflitos, nesse último sentido, a lei restringe sua aplicação para questões acerca de direitos que possam ser transacionados, nestes compreendidos os direitos patrimoniais disponíveis, definidos como:

[...] os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles que dizem respeito, única e tão somente ao seu possuidor, são aqueles de âmbito meramente individual – egoísticos. Já os direitos indisponíveis são aqueles ditos de interesse geral e que não podem ser objeto de disposição de seu possuidor”.⁴⁵

Mattos Neto acrescenta que “somente o que a doutrina contemporânea conceitua por *direito patrimonial disponível* pode ser objeto da arbitragem, mediação e negociação para composição de interesses particulares”.⁴⁶ O autor salienta que nesse sentido “o legislador

44 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. **A arbitragem e as parcerias público-privadas**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte: Fórum, ano 5, n. 52, jun./ 2005, p. 5667

45 REINERT, Edison Eduardo Borgo. Contratos administrativos e a aplicabilidade de lei de arbitragem. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte: Fórum, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010. p. 99

46 MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis à luz da lei de arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 122, abr. 2005. p. 150

circunscreveu o direito a ser posto em juízo privado não apenas pela sua patrimonialidade, mas concentrou ainda mais o universo limitando aos disponíveis”.⁴⁷

Convém ressaltar que embora a noção aparente de patrimonialidade seja a de disponibilidade sem limites, nem todo direito patrimonial é disponível, pois a característica da patrimonialidade é ser alienável, transmissível, renunciável, transacionável.⁴⁸

Dessa forma, estão excluídos de aplicação da arbitragem os direitos patrimoniais indisponíveis e os extrapatrimoniais, nestes compreendidos os direitos personalíssimos, os direitos de família e das sucessões, os bens fora de comércio, os créditos da Fazenda Pública, os direitos metaindividuais, matérias que dizem respeito à lei antitruste, algumas espécies de contratos, as questões de procedimento de jurisdição voluntária, questões relativas ao concurso de credores e a falência e a coisa julgada.⁴⁹

47 MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis à luz da lei de arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 122, abr. 2005, p. 157

48 *Id.*, *Ibid.*, p. 156

49 *Id.*, *Ibid.*, p. 160/165

CAPÍTULO 2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1 Um novo papel do Estado

As funções do Estado modificaram-se ao longo da história. A princípio competia ao Estado o papel de provedor das necessidades gerais da população, atuando como poder máximo, era dotado de soberania tanto interna como internacional. Mais tarde, diante da “necessidade de cooperação para alcançar fins comuns”, o que antes representava poder e dominação associou-se ao que se chama de reciprocidade e coordenação, indispensáveis “para o estabelecimento de uma ordem pacífica de interesse comum”.⁵⁰

Essa tendência se acelerou após a segunda guerra mundial, notadamente com a criação da ONU, que deu dinamicidade às relações internacionais. Associado a isso, surgiram outros atores para esse cenário, como as multinacionais e outras organizações internacionais, que associados ao avanço tecnológico nos meios de comunicação e transporte, propiciaram o rápido intercâmbio entre pessoas e bens do mundo todo, retirando do Estado “grande parte do poder de controle sobre as relações privadas internacionais”. Observa-se, desse modo, que a configuração do papel do Estado modificou-se ao longo da história, fazendo com que “normas tradicionais que integravam o direito internacional foram substituídas por outras compatíveis com a nova realidade internacional”.⁵¹

A par dessas transformações ocorridas a nível mundial, o “Direito Administrativo brasileiro mudou na tentativa de acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade e no mundo”, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988 passou a ocorrer o que se chama de “Constitucionalização do Direito Administrativo”, onde houve uma mudança na postura adotada pelo Estado que foi proibido de atuar *contra legem* e passou a agir em conformidade com a lei como determinado no princípio da legalidade insculpido no art. 5º da Constituição.⁵²

Isto porque com o declínio da intervenção estatal na economia, passou-se a buscar um Estado que implementasse a economia pautada e condicionada no mercado. No Brasil essa

50 MAGALHÃES, José Carlos de. Contratos com o estado. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre: Síntese, v. 01, n. 03, jul./set 2004. p. 22

51 *Id.*, *Ibid.*, p. 23

52 REINERT, Edison Eduardo Borgo. Contratos administrativos e a aplicabilidade de lei de arbitragem. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte: Fórum, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010. p. 93/94

tendência fez surgir a Reforma do Estado por volta dos anos de 1995 a 2002 por meio de privatização, liberalização e desregulação, traduzindo a tendência desse novo papel do Estado que passou de intervencionista para ser regulador. A partir de então “o Estado deixa de prestar serviço público monopolisticamente e passa a regular a sua prestação, fiscalizando e garantindo a sua universalização”, que no Brasil ocorreu através das privatizações e da delegação de serviços públicos à iniciativa privada.⁵³

Essa nova tendência é muito bem explicitada por Maria Sylvia Zanella de Pietro:

Parece que o que muda é principalmente a ideologia, é a forma de conceber o Estado e a Administração Pública. Não se quer mais o Estado prestador de serviços; quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada, quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos dos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre o público e privado na realização das atividades administrativas do Estado; quer-se a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço; quer-se a flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública para permitir maior eficiência; quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada e hierarquizada⁵⁴.

Nesse moderno direito administrativo surgiram novas premissas que passaram a orientar as contratações públicas, em decorrência de grandes parcerias firmadas entre a Administração e os particulares, especialmente pela grande envergadura dos investimentos destes últimos, passou-se a flexibilizar essas relações objetivando a busca pelo equilíbrio de interesses das partes.⁵⁵

Arnoldo Wald muito bem menciona essa alteração do papel do Estado, esclarecendo que ele passou de operador a “regulador e fiscal e incentivador da iniciativa privada, para o qual poderá estabelecer um planejamento meramente indicativo”.⁵⁶

Em outras linhas isso implica falar num Estado que deixou de atuar de forma interventiva para ser regulador, passando a compartilhar a titularidade do interesse público com outras entidades particulares, para que desenvolvessem objetivos inerentes do Estado.

53 BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 82/83

54 REINERT, Edison *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 16

55 LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo: Malheiros, v. 43, n. 134, abr./jun. 2004. p. 148

56 REINERT, Edison *apud* WALD, Arnold, 2004, disponível em <<http://www.valoronline.com.br/veconomico/?show=index&mat=2774556&caderno=95news=1&cod=2f9fa687>>

Essa tendência do direito administrativo “justifica e motiva a superação do modelo tradicional da atividade administrativa, radicada numa relação de subordinação. A realidade das administrações demonstra a necessidade de serem removidos obstáculos, impostos pela própria potestade do ente público”.⁵⁷

Gustavo Oliveira menciona que existe uma nova forma de administrar, na qual há uma reciprocidade de concessões entre a Administração Pública e os particulares, em que ambos cedem mutuamente sobre determinados pontos de um objeto, com o fim de buscar o “equilíbrio e obtenção de interesses originalmente contrapostos”.⁵⁸

Com isso, a verticalização existente entre a Administração Pública e o particular pode ser atenuada, ante a necessidade de se estabelecer parcerias, especialmente no que concerne à inserção de cláusula compromissória nos contratos administrativos, para que sejam julgados por arbitragem os litígios que surjam na relação contratual, já que a aplicação do instituto é frequente nos contratos privados, especialmente os internacionais. Isso reflete o surgimento de “um novo direito administrativo, mais participativo, fruto da gradual compatibilização da lógica da imposição e da unilateralidade com a lógica da negociação e da multilateralidade”.⁵⁹

Trazendo tal raciocínio para o âmbito dos contratos administrativos de concessão, tem-se que devido aos grandes empreendimentos pelos quais o Estado depende do aporte do capital privado, atualmente tende-se para uma flexibilização da relação contratual, na qual se prioriza a igualdade dos interesses entre as partes, sem, contudo relegar a aplicação das chamadas cláusulas exorbitantes. Dessa forma, menciona Selma M. Ferreira Lemes:

[...] a Administração é conduzida a perfilar novos caminhos que busquem a solução de controvérsias de modo mais rápido e eficaz para as divergências que envolvam direitos patrimoniais disponíveis nos contratos administrativos e que gravitam em torno das cláusulas econômicas e financeiras (equilíbrio econômico-financeiro).⁶⁰

Essa flexibilização na verticalidade existente nas relações entre o Estado e os

57 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Jurema Villela *apud* ROCHA, Fernando Antônio Dusí. **Regime jurídico dos contratos da administração**, 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 290/291

58 CASSESE, Sabino *apud* OLIVEIRA, Gustavo. **La Arena Pública**: nuevos paradigmas para el Estado. In: _____. *La Crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 101/160

59 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Fórum Administrativo – Dir. Público – FA**, Belo Horizonte: Fórum, ano 5, n. 52, jun. 2005. p. 5669.

60 LEMES, Selma M. Ferreira, Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo: Malheiros, v. 43, n. 134, abr./jun. 2004. p. 149

particulares decorre da necessidade estatal de captação de recursos e tecnologia do setor privado necessários para a implementação de obras e serviços públicos, fato que justifica a aplicação da arbitragem por ser método mais célere de pacificação de conflitos, uma vez que os investidores necessitam rapidamente do retorno de seus investimentos.

2.2 Princípios que regem a atividade administrativa

Consoante entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, o regime jurídico-administrativo do direito público brasileiro se assenta em dois princípios pelos quais se constrói todo o sistema de Direito Administrativo: o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade pela administração dos interesses públicos⁶¹. Na lição de Maria Sylvia Zanella de Pietro:

A expressão regime jurídico da Administração Pública é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão regime jurídico-administrativo é reservada tão somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico administrativa.⁶²

O Princípio da Supremacia do interesse público sobre o privado é basilar da estabilidade da ordem social, na medida em que encarta os interesses de toda a sociedade, garantindo que todos possam ter seus interesses resguardados pelo Estado. Em decorrência desse princípio decorrem outros princípios subordinados, o da posição privilegiada do órgão encarregado se zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares e o de posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.⁶³

Sobre esta posição privilegiada do órgão gestor, pode-se exemplificar os benefícios concedidos pela ordem jurídica, tais como, prazos maiores para contestar, recorrer, prazos diferenciados quanto à prescrição, o instituto da remessa necessária, sempre que a fazenda

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 54.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 55

⁶³ *Id.*, *Ibid.*, p. 66

pública for vencida em demanda judicial cujo valor da indenização ultrapassar o valor de sessenta salários mínimos.

A respeito desses princípios Alice Gonzalez Borges acrescenta:

Sobre esses dois pilares é que se estruturam, de um lado, as chamadas prerrogativas de potesdade pública e, de outro, as sujeições de potesdade pública, que corporificam o conteúdo da atividade administrativa.

Tais prerrogativas e sujeições só encontram sua única razão de ser em face do interesse público que as justifica. Sem sua existência, perderiam qualquer significado, em um Estado Democrático de Direito. Mais ainda: na enunciação das regras fundamentais que constituem o conteúdo do regime de direito administrativo, umas e outras, prerrogativas e sujeições, são indissociáveis, duas faces da mesma vinculação da administração do interesse público”.⁶⁴

A posição de supremacia do Poder Público em relação ao particular é justificada pelo fato de que a Administração Pública por gerir bens e interesses públicos, se coloca em condição de superioridade em relação ao particular, portanto, existe nas relações com o Estado um caráter de *verticalidade* e não de horizontalidade como nas relações entre os particulares entre si.

Essa verticalidade é muito bem delineada nos contratos administrativos, diante da necessidade de prévio procedimento licitatório, exceto nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, na existência das chamadas cláusulas obrigatórias e das cláusulas exorbitantes, que conferem unilateralmente determinados poderes à Administração em relação ao particular, poderes tais inexistentes nos contratos privados.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o interesse privado é comumente confundido com o interesse da administração, mas se refere ao interesse da sociedade em geral, assim descrito por Celso Antônio Bandeira de Melo:

É o princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência.”[...] Por essa posição de supremacia “reconhece-se à Administração a possibilidade de revogar os próprios atos inconvenientes ou inoportunos, conquanto dentro de certos limites, assim o dever de anular os atos inválidos que haja praticado. É o principio da autotutela dos atos administrativos”.⁶⁵

⁶⁴ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, São Paulo: NDJ, v. 23, n. 07, jul. 2007. p. 780/781

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 93/94

O interesse público prepondera sempre que surjam questões que versem sobre interesses gerais tais como direito à propriedade, que pode ser relativizado sempre que o Estado entender que ele deve ser suprimido em benefício de toda a sociedade, como nos casos de desapropriação por motivo de interesse público, assim como o direito de todos ao meio ambiente preservado, que permite à administração impor medidas administrativas que restrinjam as atividades nocivas do particular que causem dano ao meio ambiente e assim prejudiquem toda a sociedade, ou apliquem multa por tal descumprimento.

O Princípio da indisponibilidade dos interesses públicos abarca interesses próprios da coletividade, internos ao setor público, e por essa razão não se encontram à livre disposição do administrador ou de quem quer que seja porque são inapropriáveis, “o próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita formalidade do que predisuser a *intencio legis*”.⁶⁶

Não obstante tais considerações, toda a atividade da administração pública deve ser pautada no princípio da legalidade, pelo qual na lição de Celso Antonio Bandeira de Melo:

[...] é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. [...] é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na explicação de *comandos complementares* à lei.⁶⁷

O Princípio da legalidade, determina a obediência da Administração Pública às leis, é decorrente do princípio da indisponibilidade do interesse público, significa na lição de Hely Lopes Meireles que “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.⁶⁸E acrescenta ainda:

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 70

⁶⁷ *Id.*, *Ibid.*, 96/97

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 16 ed. atual. pela Constituição de 1988, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 78

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal conforme o caso.⁶⁹

O Princípio da publicidade insculpido no art. 37, da CF/88 determina que os atos administrativos devem ser públicos, porque a todos interessam em homenagem ao direito à informação sobre os assuntos públicos.⁷⁰ Tal princípio impõe transparência da atividade administrativa, a fim de que os administrados possam avaliar como estão sendo geridos os recursos públicos.

2.3 Características e peculiaridades dos contratos administrativos

Hely Lopes Meirelles conceitua contrato administrativo como ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria administração.⁷¹

Maria Sylvia Zanella de Pietro classifica os contratos celebrados pela administração quanto ao regime jurídico em duas modalidades: *contratos de direito privado*, tais como compra e venda, doação, comodato, regidos pelo Código Civil e parcialmente derogados por normas publicistas e os *contratos administrativos*, que abrange os (i) *tipicamente administrativos* que são inteiramente regidos pelo direito público, a exemplo dos contratos de concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público, e os (ii) *contratos administrativos que têm paralelo com o direito privado*, como o mandato, o empréstimo, o depósito, a empreitada, mas que são também regidos pelo direito público.⁷²

Hely Lopes Meirelles bem explicita que a principal característica do contrato administrativo é a exigibilidade previa de licitação, que somente é dispensada nos casos previstos em lei, e acrescenta em relação aos contratos administrativos:

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 16 ed. atual. pela Constituição de 1988, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 78

⁷⁰ *Id.*, *Ibid.*, p. 110/111

⁷¹ *Id.*, *Ibid.*, p. 188/189

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 238.

Não é, portanto, o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do direito privado (obra, serviço, compra, alienação, locação), e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes em quaisquer contratos da Administração, sejam públicos ou privados, como *pressupostos necessários* de toda atuação administrativa. É a participação da Administração, derogando normas de direito privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do direito público, que tipifica o contrato administrativo⁷³. (grifos acrescentados)

Salienta o autor que a Administração pode realizar contratos sob normas predominantemente privadas ou com supremacia do Poder Público, mas que em ambos os casos haverá interesse e finalidade pública, sendo que no primeiro caso, o ajuste será de natureza semipública e no segundo caso haverá contrato administrativo típico.⁷⁴

Costuma-se dizer que nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, sendo a relação jurídica marcada pela horizontalidade, ao contrário dos contratos administrativos, na qual a Administração age como poder público, com poder de império em relação ao particular, tornando a relação jurídica desigual, caracterizada pela verticalidade.⁷⁵

No entanto, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente nos contratos administrativos típicos, ainda que não previstas expressamente, mas em algumas espécies contratuais privadas tais cláusulas podem vir expressas, e nesse caso não haveria relação de horizontalidade entre a administração e o particular, por isso a questão de horizontalidade deve ser vista com ressalva, uma vez que se os contratos privados contiverem cláusulas exorbitantes, não haveria horizontalidade na relação.⁷⁶

Os contratos administrativos por terem a participação da Administração com supremacia e poder, possuem peculiaridades incomuns aos contratos privados, consubstanciadas nas chamadas cláusulas exorbitantes, existentes de forma implícita ou explícita, e menciona:

Mas o que realmente o tipifica e o distingue do contrato privado é a participação da Administração na relação jurídica com *supremacia de poder* para fixar as condições iniciais do ajuste. Desse *privilégio administrativo* na relação contratual decorre para a Administração a faculdade de impor as chamadas *cláusulas exorbitantes do*

73 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 16 ed. atual. pela Constituição de 1988, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 190

74 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 32 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Pimentel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 212

75 *Id.*, *Ibid.*, p. 233

76 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 239

*direito comum.*⁷⁷ (grifos acrescentados)

As cláusulas exorbitantes são assim denominadas porque excedem as cláusulas de direito comum. Elas são inválidas nos contratos comuns, pois desigualaria as partes envolvidas, mas no contrato administrativo são aplicáveis sempre que decorrer de lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa. Tais cláusulas estabelecem diversas prerrogativas à Administração em virtude do interesse público por esta defendido, são elas a possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, revisão de preços e tarifas; na inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido, no controle do contrato, na ocupação provisória e na aplicação de penalidades contratuais pela administração.⁷⁸

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 32 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Pimentel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 213

⁷⁸ *Id.*, *Ibid.*, p. 213

3 APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

3.1 Divergências doutrinárias

Diante dos conceitos vistos de arbitrabilidade objetiva e subjetiva e sua relação com os princípios que regem a atividade administrativa, alguns doutrinadores são contrários à possibilidade da Administração Pública ser parte num procedimento arbitral, não obstante os entendimentos doutrinário e jurisprudencial tenderem para a admissibilidade da participação da Administração Pública na arbitragem.

As principais teses contrárias são em síntese a de que inexistente lei autorizando expressamente a Administração Pública de participar da arbitragem, que a administração defende interesses públicos que por sua vez são indisponíveis, além de que o sigilo inerente ao procedimento arbitral contrasta com o princípio da publicidade dos atos administrativos.

Diante das divergências doutrinárias acerca da impossibilidade da participação da administração em procedimento arbitral surgem as questões: (i) a previsão contida no art. 54 da Lei de Licitações e Contratos (LC) contém uma autorização implícita para que a administração possa participar de procedimento arbitral? (ii) os interesses que a administração representa são todos indisponíveis? (iii) a impossibilidade de recorrer da sentença arbitral ao judiciário seria uma ofensa ao princípio do juiz natural? (iv) o sigilo do procedimento arbitral ofende ao princípio da publicidade dos atos administrativos?

Tais questionamentos surgiram em virtude de alguns doutrinadores defenderem com fundamentos diversos a aplicação do instituto aos contratos administrativos, além de algumas decisões judiciais recentes terem se manifestado de forma positiva à aplicação da arbitragem aos contratos firmados pela administração pública.⁷⁹

Verifica-se que o cerne da discussão acerca da possibilidade de a Administração Pública participar do procedimento arbitral reside nas questões da arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Isto porque a arbitrabilidade subjetiva relaciona-se com a capacidade de ser parte no procedimento o que segundo entendimento de alguns doutrinadores seria impossível em razão

⁷⁹ Essas decisões se posicionaram no sentido que as relações contratuais firmadas pela administração pública podem ser submetidas ao procedimento arbitral, desde que o objeto do litígio esteja relacionado com direitos patrimoniais transacionáveis, quebrando o entendimento de alguns doutrinadores que defendem que a arbitragem não é aplicável às relações derivadas da Administração Pública, porque esta representa os interesses da coletividade que são indisponíveis.

da obediência pela administração ao princípio da legalidade. Quanto à arbitrabilidade objetiva que se relaciona com o direito a ser arbitrável, a problemática surge em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público.

O posicionamento aqui adotado é sobre a possibilidade de participação da Administração Pública na arbitragem para solução de litígios decorrentes de contratos administrativos típicos como os de concessão, uma vez que a LA contém de forma genérica autorização legal para que os entes públicos possam participar da arbitragem, mas com a ressalva de que o objeto do conflito submetido à arbitragem seja transacionável, pelos fundamentos que a seguir se expõe.

Contrariamente ao entendimento aqui adotado é a posição de Luis Roberto Barroso, justifica que inexistente lei autorizando a Administração de submeter-se a arbitragem.⁸⁰

Discorda-se desse argumento para aderir ao entendimento de José Emílio Nunes Pinto, de que inexistente na LA uma demonstração clara pela qual se possa excluir o Estado e as empresas por ele controladas da aplicação da arbitragem, posto que a palavra “pessoas” a que se refere o art. 1º da referida lei é uma autorização de caráter geral que abrange tanto as pessoas físicas quanto jurídicas, sejam de direito privado, quanto de direito público interno como o Estado e suas autarquias e empresas estatais⁸¹.

Adilson Abreu Dallari sustenta que a arbitragem seria legítima em qualquer contrato administrativo, que se fundamenta na dicção do art. 54 da Lei 8.666/93 que prevê a aplicação supletiva aos contratos administrativos dos princípios da teoria geral dos contratos, como assim dispõe “os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.⁸²

Ao entendimento aqui esposado, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara acrescentam que a LA não faz referência expressa quanto à possibilidade de participação dos entes estatais, tampouco a qualquer outra espécie de pessoa, pelo que se infere que a lei foi direcionada a todas as pessoas de forma genérica, sejam elas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, pessoas estatais ou não estatais, a única exigência expressa é a

80 BARROSO, Luis Roberto *apud*. REINERT, Edison. Sociedade de economia mista prestadora e serviço público: cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal: invalidade. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e de Arbitragem**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 429

81 PINTO, José Emílio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais. **Revista Zênite ILC – Informação de licitações e contratos**, Curitiba: Zênite, ano XII, n. 133, mar. 2005. p. 220/221

82 DALLARI, Adilson Abreu. A arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, ano 32, n. 128, out./dez. 1995. p. 65

capacidade de contratar.⁸³

Favoravelmente à participação da administração na arbitragem também se posiciona José Carlos de Magalhães, que traz como argumento o fato de que se existe grande número de arbitragens internacionais nas quais o Estado faz parte, isso por si evidencia a capacidade do Estado de ser parte num procedimento arbitral.⁸⁴

Idêntico é o entendimento de Gustavo Henrique Justino de Oliveira⁸⁵ que acrescenta quanto à arbitrabilidade subjetiva, a participação do Estado em arbitragens internacionais, dentre os quais o Mercosul⁸⁶, demonstra a possibilidade da Administração participar da arbitragem.

Dessa forma, observa-se que se não há empecilho legal para que o Estado seja parte em procedimento arbitral quando se tratar de contratos internacionais, também não haveria óbice quanto à participação estatal em arbitragem no âmbito dos contratos de concessão.

Acrescente-se a tal raciocínio a salutar ressalva feita por Flávio Hiroshi Kubota de que há “várias leis que dizem respeito ao setor público já contemplam a possibilidade de utilização do instituto da arbitragem, como as leis de concessões públicas, de petróleo, telecomunicações, empréstimos internacionais contratados pela Administração Pública”.⁸⁷

Idêntico é o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho que menciona que não obstante inexistir uma regulação geral sobre o tema as lei das parcerias público-privadas no seu art. 11, III e a Lei das Concessões e permissões de serviços público no art. 23-A trazem disposições sobre aplicação da arbitragem em contratos administrativos, mostrando que o instituto vem ganhando aceitação no direito público e na legislação como resultado da

83 SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacinto Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, n. 248, mai./ago. 2008. p. 122

84 MAGALHÃES, José Carlos de. Contratos com o estado. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 3, jul/set. 2004. p. 37.

85 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte: Fórum, ano 5, n. 52, jun./ 2005. p. 5668

86 Em 1991 o Protocolo de Brasília estabeleceu o procedimento arbitral como uma das formas de solução das contingências que surgissem entre os Estados Partes sobre a interpretação, aplicação ou descumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das decisões que emanem do Conselho do Mercado Comum (Decreto nº 922/93).

Além disso, o Decreto-Lei nº 1.960/82 preceitua que “fica o Poder Executivo autorizado a contratar ou garantir, em nome da União, sob a forma de fiança, o pagamento das prestações devidas por autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista ou outras entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União ou Estado federado, em decorrência de operações de arrendamento mercantil, com opção de compra, ajustadas com entidades ou empresas sediadas no exterior” (art. 1º).

O art. 2º desse diploma normativo admite, em seu inciso V, a inclusão nesses contratos de cláusula que estipule que os litígios deles decorrentes poderão ser resolvidos “perante o foro brasileiro e submetidos a arbitragem.

87 KUBOTA, Flávio Hiroshi. Análise acerca da utilização do instituto da arbitragem pela administração pública e em parcerias público privadas. **Boletim de licitações e contratos**, São Paulo: NDJ, ano XIX, nº 05, mai./2006, p. 447.

expansão do princípio do consensualismo.⁸⁸ Acrescenta ainda que “não impede a adoção do instituto o princípio da legalidade nem o da indisponibilidade dos bens públicos: naquele caso, porque é a própria lei que o admite; neste porque a indisponibilidade não se confunde com a gestão”.⁸⁹

A lei de concessões antes da recentemente alteração dada pela Lei nº 11.119/05, que inseriu o artigo 23-A, previa de forma implícita a possibilidade de solução de litígios “por meios amigáveis de solução de conflitos”. O novo artigo assim dispõe:

Art. 23-A O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser regulada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996⁹⁰. (grifos acrescentados)

Diogo Figueiredo Moreira Neto explica que não há mais dúvida acerca da aplicação da arbitragem quando esta envolver a Administração Pública, pois segundo ele:

[...] o importante é ter-se patentado um reconhecimento inequívoco da Lei, este sim, bem definido de que há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem não é apenas aceitável, porém, mais que isso, recomendável como alternativa ao litígio judicial. E neste ponto reside a inovação oportuna e modernizadora introduzida pelo legislador brasileiro.⁹¹

Dessa forma, pretende o autor acrescentar que são disponíveis os interesses e direitos de natureza patrimonial e que possam ser expressos monetariamente, ou seja, comercializáveis e que por essa razão possam ser objeto de contratação objetivando a satisfação dos interesses finalísticos, e que “a admissibilidade da arbitragem pelo Estado, como técnica social para dirimir disputas de interesses com particulares, fica, pois, necessariamente ligada ao conceito que se tenha da natureza desse instituto: ou como uma

⁸⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 22 ed., 2009. p. 211-421.

⁸⁹ *Id.*, *Ibid.*, p. 372

⁹⁰ Com a nova redação dada pela Lei 11.196/05, o art. 23-A da Lei Geral das Concessões 8.987/95, que passou a prever expressamente a possibilidade de aplicação da arbitragem para solução de controvérsias. Referido artigo anteriormente previa a possibilidade de aplicação de meio alternativo para solução de controvérsias decorrente do contrato, porém não fazia menção expressa à arbitragem.

⁹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, n. 209, jul./set. 1997. p. 88.

alternativa jurisprudencial ou como uma obrigação contratual”.⁹²

Essa tendência à aceitação da participação do Estado na arbitragem aumentou à medida em que surgiu a necessidade de participação estatal como parceiros privados, diante da necessidade de transferência de algumas atividades por parte do Estado aos entes privados, como no caso das parcerias público-privadas, cuja lei que regulamenta tal atividade prevê expressamente a possibilidade do emprego da arbitragem para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato, consoante o art. 11, inciso III, da Lei 11.079/2004.

Ora, se é correto que em determinados setores para os quais a administração delegou poderes para que outros entes exercessem atividades de interesse público, tais como o fornecimento de energia elétrica, a exploração de petróleo, por exemplo, e nesses ramos tais agentes podem valer-se da arbitragem, não há porque dizer-se que em algumas espécies contratuais firmadas pela própria administração direta seria vedada a aplicação da arbitragem.

Essa possibilidade é tão clara que as Leis 9.478/97, conhecida como Lei do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP e a Lei 9.472/97 Lei Geral das Telecomunicações, antes mesmo da apreciação da constitucionalidade da LA pelo Supremo Tribunal Federal, já previam a utilização de meios extrajudiciais de solução de litígios e da arbitragem internacional nos contratos de concessão firmados pela respectiva agências reguladoras com os concessionários.⁹³

Quanto à indisponibilidade do interesse público Lúcia Valle Figueiredo,⁹⁴ defende que a arbitragem não se aplica à Administração Pública porque o interesse público é indisponível, acrescenta que o art. 18 da LA⁹⁵ ao mencionar que a sentença arbitral não é passível de recurso nem necessita de homologação judicial, constitui desrespeito aos direitos e garantias constitucionais, tais como os previstos no art. 5º, incisos XXXV, LXIX, LXX e LXXIII e que as regras de competência processual envolvendo a União são de ordem constitucional e por essa razão “não podem ser derogadas por legislação infraconstitucional”.⁹⁶

92 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, n. 209, jul./set. 1997, p. 88

93 WALD, Arnoldo. As concessões e a arbitragem. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, ano XXIX, n. 107, dez. 2009. p. 38/39

94 FIGUEIREDO, Lúcia *apud*, REINERT, Edison. **Curso de direito administrativo**, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 106

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

96 *Op. cit.*, p. 106

Contrários a essa ideia, Carlos Ari Sunfeld e Jacinto Arruda Câmara defendem a possibilidade de participação da Administração Pública em procedimento arbitral, esclarecendo que o princípio da indisponibilidade não contém em si uma proibição de conduta, mas revela um caminho a ser traçado pelos administradores públicos na gestão dos interesses públicos, fazendo breve distinção entre interesses disponíveis e indisponíveis, assim descrevem:

[...]o princípio da indisponibilidade não estabelece propriamente um dever ou proibição. Não configura o que a doutrina costuma denominar de princípio-regra. Trata-se de um princípio-valor, que encarna uma ideia comum a todo o sistema normativo que compõe o Direito Administrativo. Sua função não é a de prescrever condutas, mas sim apontar um traço característico daquele conjunto de normas, contribuindo para sua compreensão e posterior interpretação”.⁹⁷

[...]

É tradicional no Direito Administrativo a distinção entre atos de império e atos de gestão. Os primeiros dizem respeito a matérias inerentes ao Estado, que corresponderiam ao plexo de interesses “indisponíveis” do Poder Público. Os outros envolvem atos de mera administração. São atos despidos de prerrogativas especiais, cujo objetivo é fixar relações jurídicas normais (de direito comum) entre a Administração e outras pessoas jurídicas. Aproveitando desta vetusta classificação, seria possível afirmar que a intenção da Lei de arbitragem foi reservar para seu escopo as matérias objeto de atos de gestão. Estariam excluídos de sua abrangência aqueles temas que são objeto de atos de império.⁹⁸

A questão da indisponibilidade é muito bem destacada por Eros Grau quando menciona que:

A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispor de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançado mediante a disposição daqueles.⁹⁹ (grifos acrescentados)

97 SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacinto Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, vol. 248, mai./ago. 2008. p. 120

98 *Id.*, *Ibid.*, p. 121

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

O princípio da indisponibilidade dos interesses públicos decorre do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

A concepção de interesse público utilizada no Brasil é semelhante à dos Estados de raiz germânico-latina, em que “o interesse público era considerado superior à mera soma dos interesses individuais, sendo superior e mais perene que eles, razão pela qual era protegido e perseguido pelo Estado” ao ponto de servir de fundamento para um regime jurídico próprio daquele que rege as relações privadas, mas essa concepção mudou com a evolução do Estado que passou de interventor para garantidor de direitos fundamentais, notando-se uma nítida aproximação da noção de interesse público preconizada no direito anglo-saxão.¹⁰⁰

Daí se infere que:

[...] a crescente identificação do interesse público justamente como a maior satisfação possível dos interesses dos cidadãos, o papel dessas prerrogativas, com a conseqüente exclusão do direito protetivo dos interesses individuais, deve ser atualizado. O interesse público e os interesses dos cidadãos, que antes eram vistos como potencialmente antagônicos, passam a ser vistos como em princípio reciprocamente identificáveis.¹⁰¹

O que se deve ter em mente é que tanto o interesse público quanto o privado estão instituídos pela Constituição, e por essa razão “não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e seus fins. Desse modo, tem-se que não há necessariamente uma contradição entre os interesses público e privado, mas uma “conexão estrutural”.¹⁰²

Humberto Bergmann Ávila menciona que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não pode ser considerado uma norma princípio, tanto do ponto de vista conceitual quanto normativo, seja porque referido princípio não tem respaldo normativo seja porque não decorre da análise sistemática do ordenamento jurídico, ou porque o interesse público não admite dissociação do interesse privado, além de que dito princípio mostra-se incompatível com os postulados normativos da atual Constituição.¹⁰³ Isto porque a nova CF volta-se precipuamente à proteção dos interesses individuais. Sendo assim, aceitar o princípio

100 SARMENTO, Daniel (Org.); ARAGÃO, Alexandre Santos de [et al...]. **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. p. 2-3

101 *Id. Ibid.*, p. 03

102 *Id. Ibid.*, p. 06

103 ÁVILA, Humberto Bergmann Ávila. In: **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (Org.) SARMENTO, Daniel, ARAGÃO, Alexandre Santos de [et al...] Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. p. 130-140

da supremacia do interesse público como norma princípio subsistiria uma contrariedade sistêmica que afrontaria a constante busca pela unidade constitucional.¹⁰⁴

Assim, partindo do raciocínio de que os interesses privados e coletivos são tutelados constitucionalmente, pode-se concluir que a expressão interesse público é de natureza genérica, pois abarca ambos interesses. Isto porque:

Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve sempre ter contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística de um princípio constitui uma contradição em termos.

[...]

A imbricação conceitual entre interesse público, interesses coletivos e interesses individuais não permite falar em uma regra de prevalência absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual.¹⁰⁵

Não se pretende negar a existência de um interesse público, mas que tal interesse comporta “desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica antecipada de uns sobre outros”.¹⁰⁶

Quanto à matéria objeto do litígio na via arbitral, Carlos Alberto Carmona afirma que são arbitráveis “as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem”.¹⁰⁷

Quanto a esse ponto convém ressaltar que nem todos os contratos do qual o Estado seja parte guardam relação com matérias regidas pelo direito público, a despeito dos “contratos de compra e venda, da prestação de serviços em geral, dos empréstimos bancários e outros regidos pelo direito privado” e, dessa forma, sobre tais matérias não existiria óbice à aplicação da arbitragem, por serem matérias de conteúdo nitidamente privado e transacionável.¹⁰⁸

104 SARMENTO, Daniel (Org.); ARAGÃO, Alexandre Santos de [et al...]. **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. p. 140-141

105 *Id. Ibid.*, p. 166

106 *Id., Ibid.*, p. 149

107 CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 56

108 MAGALHÃES, José Carlos de. Contratos com o estado. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre: Síntese, ano I, v. 01, n. 03, jul./set. 2004. p. 39

No mesmo sentido, Eros Roberto Grau menciona “não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.”¹⁰⁹

Nem todos os contratos administrativos têm por objeto direitos disponíveis da Administração, como nos casos em que a prestação estatal estiver relacionada por exemplo com o uso de bens públicos, fruição de vantagens que não os compadecem da disponibilidade. Entretanto, nas hipóteses de cláusulas pelas quais a Administração estiver submetida a uma contraprestação financeira, “não faz sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado ou ao benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante”.¹¹⁰

Ressalte-se que apenas quanto as cláusulas exorbitantes à arbitragem não seria aplicável, porque decorrem de normas de ordem pública, como bem menciona Mauro Roberto Gomes de Mattos:

Não seria ferida a inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos porque as cláusulas exorbitantes do Contrato Administrativo não podem ser alteradas pelo juízo arbitral, por serem princípio de ordem pública. A utilização da arbitragem para dirimir contenda resultante de um contrato público possui barreiras que não poderão ser perpetradas, e uma delas é a revogação das cláusulas especiais (exorbitantes) colocadas a efeitos para preservar o interesse da coletividade.¹¹¹

Outro ponto sustentado sobre a impossibilidade de aplicação da arbitragem aos contratos firmados pela Administração Pública reside na violação das normas de ordem pública, isto porque o Estado possuindo um Poder Judiciário somente a ele compete decidir sobre as questões de direito administrativo ou com relação à prestação de serviços públicos.¹¹²

Tal argumento reside no fato de que a Lei 8.666/93 supostamente proibiria a cláusula arbitral nos contratos administrativos, pela dicção do § 2º do art. 55, *in verbis*:

¹⁰⁹ MAGALHÃES, José Carlos de. Contratos com o estado. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre: Síntese, ano I, v. 01, n. 03, jul./set. 2004. p. 20

¹¹⁰ TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, n. 210, out./dez. 1997. p. 114

¹¹¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato Administrativo e a lei de arbitragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, n. 223, jan./mar. 2001. p. 126.

¹¹² MAGALHÃES, José *apud* CAPRASSE, Oliver. Lês sociétés et l'arbitrage Paris/Bruxelas: LGDJ/BRUYLANT, 2003. p. 312

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

§ 2º-Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

A interpretação da expressão “que declare competente o foro da sede da administração para dirimir qualquer questão contratual” que a princípio pode ser entendido como uma proibição da utilização da arbitragem, o posicionamento aqui adotado é o de que a palavra “foro” foi tomada no sentido de aceção geográfica, ou seja, do local onde se localiza a sede da administração e não como sentido de tribunal estatal, como acertadamente assevera José Emílio Nunes Pinto.¹¹³

Também se argumenta que a solução do litígio pela via arbitral impediria o exame judicial da matéria decidida e feriria “dispositivos constitucionais que asseguram o controle judicial das práticas administrativas”.¹¹⁴ Tal entendimento não procede, isto porque há no art. 33 da LA¹¹⁵ a previsão de nulidade da decisão arbitral quando ela for eivada de nulidade, “como também é possível que pessoas alheias ao compromisso arbitral venham a levar a juízo as questões que foram nela abrangidas”.¹¹⁶

Além disso, a arbitragem só faz coisa julgada *inter partes*, ou seja, pessoas estranhas ao compromisso arbitral podem levar a juízo questões nele abrangidas. Isto porque o art. 31 da LA assim determina: a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmo efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.¹¹⁷

Dessa forma, o Ministério Público ou mesmo associações de proteção a interesses difusos, podem propor ações judiciais para questionar matérias decididas na via arbitral.¹¹⁸

Desse ponto, conclui-se que a arbitragem não é prejudicada caso surja demanda judicial que verse sobre matéria idêntica à discutida no procedimento arbitral.

113 PINTO, José Emílio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais. **Revista Zênite ILC – Informação de licitações e contratos**, Curitiba: Zênite, ano XII, n. 133, mar. 2005. p. 223

114 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, v. 248, mai./ago. 2008. p. 123

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

116 *Op. cit.*, p. 123

117 *Op. cit.*, p. 123/124

118 *Op. cit.*, p. 124

A suspensão de tal procedimento só ocorrerá se a discussão envolver matéria de outra natureza, ou seja, direito indisponível, isto porque “a pendência de uma discussão judicial sobre matéria abrangida nessa decisão não afasta, por si só, a eficácia do pronunciamento arbitral. Até que sobrevenha decisão judicial em sentido contrário, o resultado da arbitragem prevalecerá, podendo inclusive ser objeto de execução judicial.”¹¹⁹

Flávio Hiroshi Kubota acrescenta que o atraso na aceitação da arbitragem como meio extrajudicial de solução de conflitos deve-se à visão imperativa do Direito Administrativo brasileiro que foi herdada da doutrina francesa e que tem grande influência.¹²⁰

Quanto à questão do sigilo no procedimento arbitral, alguns doutrinadores o classificam como impedimento à participação da administração pública, uma vez que os atos administrativos devem ser pautados na publicidade, especialmente quando se tratar dos contratados tipicamente administrativos como os de concessão.

Tal ideia subsiste porque durante tempos se pensou que a confidencialidade fosse um traço característico da arbitragem, pois sempre se utilizaram como parâmetros comparativos entre a arbitragem e o processo judicial a celeridade, a especialização dos árbitros e a confidencialidade que prevaleceu como um dever legal a ser seguido pelos participantes ou intervenientes no procedimento arbitral.¹²¹

A LA é parcialmente silente quanto ao sigilo das partes, uma vez que apenas menciona o dever de sigilo para o árbitro, consoante dicção do art. 13, § 6º, no qual exige deles discrição no desempenho de suas atribuições, podendo-se concluir que o sigilo decorre do sistema legal como um todo.¹²² Nesse mesmo sentido, menciona Selma M. Ferreira Mendes:

Sustenta a doutrina, na pena de Chávez Bardales que “a natureza privada da arbitragem está intimamente vinculada com o dever de confidencialidade de tal forma que a primeira facilita a última”. Note-se que de nada adiantaria preservar ou manter a privacidade da arbitragem das audiências se após fosse divulgado o que nela fora tratado. Nas arbitragens comerciais questões sensíveis à concorrência são discutidas, tais como, matérias vinculadas ao *know-how*, técnicas comerciais, estratégias de negócios que se divulgadas causariam prejuízos às partes na contenda arbitral.

[...]

119 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, v. 248, mai./ago. 2008. p. 125

120 KUBOTA, Flávio Hiroshi. Análise acerca da utilização do instituto da arbitragem pela administração pública e em parcerias público privadas. **Boletim de licitações e contratos**, São Paulo: NDJ, ano XIX, nº 05, mai./2006. p. 449

121 PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 02, n. 06, jul./set. 2005. p. 27

122 *Id.*, *Ibid.*, p. 31

No âmbito estritamente privado estas questões devem estar dispostas pelas partes nos contratos firmados ou em documentos apartados ou, ainda, nos regulamentos das instituições arbitrais para não prejudicar o interesse das partes, pois não há previsão a respeito na lei brasileira, a não ser a discricção exigida do árbitro (art. 13, § 6º).¹²³

De fato, os atos do procedimento arbitral diferente dos judiciais, não estão sujeitos à publicação na imprensa oficial, contudo, isso não implica em ofensa ao princípio da publicidade, uma vez que em determinados casos os processos judiciais podem correr em segredo de justiça por determinação legal.

Observe-se que em alguns países como a Austrália com o “Caso Esso” e Suécia no “Caso Bilbank”, conhecidos na doutrina arbitral, fizeram com que o dogma do sigilo se desfizesse. Em tais casos restou entendido que o dever de sigilo só deveria ser obedecido se as partes assim desejassem.¹²⁴

É natural que o sigilo exista, pois muitos litígios postos à arbitragem derivam de contratos empresariais que envolvem segredos industriais e, por essa razão, o instituto serve como atrativo para que grandes empreendedores utilizem a arbitragem, uma vez que o acesso aos autos do procedimento ficam restritos às partes envolvidas, diferente do acesso aos autos judiciais, que em regra são acessíveis a todos.

Convém ressaltar, ainda, que os atos administrativos estão sujeitos à apreciação do tribunal de contas e, desse modo, não estaria afastada na via administrativa a fiscalização do ato administrativo.

A importância da aplicação da arbitragem aos contratos administrativos decorre do fato de que grande parte dos países em desenvolvimento não dispõem de grandes recursos para a implementação de obras e serviços de interesse público, e por essa razão necessitam de investimentos provenientes da iniciativa privada, oriundos de investidores nacionais e/ou estrangeiros para a consecução das finalidades públicas e por essa razão a arbitragem pode ser considerada um atrativo para os investidores, pois surge como alternativa mais célere de pacificação de conflitos que possam surgir no contrato, o que de certa forma afastaria o receio dos investidores de decisões judiciais tendenciosas.¹²⁵

Além dessas razões, o entendimento aqui adotado é sobre a possibilidade de

123 LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo: Malheiros, v. 43, n. 134, abr./jun. 2004, p. 160/161

124 PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 02, n. 06, jul./set. 2005. p. 27

125 REINERT, Edison Eduardo Borgo. Contratos administrativos e a aplicabilidade de lei de arbitragem. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte: Fórum, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010. p. 98.

participação da administração pública na arbitragem pelos fundamentos já expostos, no entanto, entende-se que o julgamento arbitral não poderá ocorrer por equidade, mas apenas por regras de direito em razão do dever de obediência ao princípio da legalidade a que se submete a administração pública e suas entidades autárquicas e fundacionais, por expressa determinação constitucional.

Em relação ao julgamento arbitral quando estiver presente a administração pública, defende-se aqui que ocorra em órgão especializado em julgamento por arbitragem.

3.2 Interesse público primário e secundário

Na consecução das atividades administrativas, o ente público pode gerir tanto interesses públicos quanto outros que não afetos ao próprio órgão. Aqueles são denominados de interesse público primário, estes últimos de interesses público secundário.

Cristiano Soares Barros Maia menciona que o interesse público primário relaciona-se com o interesse público coletivo, já o interesse público secundário se identifica com os interesses estatais, na qualidade de pessoa jurídica, dos quais estaria excluído o atendimento das necessidades coletivas, e acrescenta:

O interesse público secundário seria identificado com o que o Estado possui na qualidade de pessoa jurídica, independentemente de sua obrigação de atendimento de necessidades coletivas. Logo, dele seria exemplo a conduta de despender a menor quantidade possível de recursos, aumentando a receita tributária ao máximo, a fim de dispor de maior patrimônio. O interesse público primário, por sua vez, exigiria que o Poder Público empregasse os recursos na medida necessária à eficácia das prestações e não impusesse tributos aos cidadãos além de uma determinada medida.

[...]

A dicotomia exposta tem, pois, um significado latente de ruptura com a identificação entre interesse público e Estado. O Poder Público teve seu papel de ente canalizador e de principal responsável pela definição do interesse público questionado. Nem tudo que ele considerasse relevante para a sociedade poderia ter primazia sobre o interesse particular.

A supremacia do interesse público sobre o particular não era mais justificativa para que qualquer interesse/fim patrocinado pelo Poder Público, apenas por esse motivo, tivesse preponderância sobre os interesses particulares. Admitiu-se, assim, ainda que implicitamente, que nem tudo o que vem do Estado é interesse público (primário).¹²⁶

¹²⁶ MAIA, Cristiano Soares Barroso. A (im)pertinência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 103, set./2009. p. 22.

O autor defende a ideia de Renato Alessi de que em algumas situações o Estado defende interesses pertinentes apenas a sua qualidade de pessoa jurídica, sem referência aos interesses sociais, o que demonstra que “o Poder Público pode agir animado por interesses que não seriam dignos de tutela da ordem jurídica”.¹²⁷

Acrescenta que tais ideias demonstram a concepção de interesse público como um “bloco monolítico, unitário, abstrato” que se relaciona à maioria da comunidade e por essa razão tal interesse majoritário seria considerado como público e predominaria sobre outros interesses privados.¹²⁸

O que também nas palavras de Alice Gonzalez Borges é muito bem representado:

[...] o interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.¹²⁹

[...]

O interesse público não é mais que um querer majoritário orientado à obtenção de valores pretendidos, isto é, uma maioria de interesses individuais coincidentes, que é interesse porque orienta à busca de um valor, proveito ou utilidade resultante daquilo sobre o qual recai tal coincidência majoritária, e que é público porque se destina a toda a comunidade, como resultado dessa maioria coincidente.¹³⁰

[...]

O interesse público, pois, é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores. Esse interesse passa a ser público, quando dele participa e compartilha um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, ou, pelo menos, como um querer valorativo predominante da comunidade.¹³¹

Com relação ao interesse público é comum também confundi-lo com o interesse patrimonial, ou seja, como algo que tem valor econômico e que, portanto, pode ser mensurado monetariamente. Convém ressaltar que há um equívoco nessa interpretação, pois o interesse

127 MAIA, Cristiano Soares Barroso. A (im)pertinência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 103, set./2009. p. 22

128 *Id.*, *Ibid.*. p. 25

129 BARROSO, Luis Roberto *apud*. BORGES, Alice. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 39/41

130 ESCOLA, Hector Jorge *apud*. BORGES, Alice. El interés público como fundamento del Derecho administrativo, Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 240

131 BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, São Paulo: NDJ, ano XXIII, n. 07, julho/2007. p. 784

público é algo subjetivo que pode ou não abranger o patrimônio.

A partir dessa errônea interpretação é que alguns doutrinadores entendem que a participação da administração pública na arbitragem colocaria em risco os interesses públicos, pois é comum também se confundir a arbitragem com a transação, mas como já visto, esses institutos não se confundem, na verdade o julgamento arbitral busca do mesmo modo que a jurisdição estatal a correta aplicação da lei na solução de um litígio, além disso a LA determina que os árbitros tanto quanto os juízes devem ser imparciais.

Vê-se que a finalidade é a mesma, o que muda é a forma de se chegar à solução pretendida. A diferença reside ainda no fato de que na jurisdição estatal, a Administração Pública pode se beneficiar de inúmeros recursos, prazos dobrados, caso objetivo protelar o resultado do processo, além de contar com o instituto da remessa necessária.

Convém ressaltar que a correta aplicação da lei está também incluída na ideia de correta aplicação da justiça, e que quando se submete um conflito à via arbitral, não se está dando ao árbitros poderes para decidir como quiserem, mas que dentro fugindo da aplicação das leis, mas na verdade escolhe-se uma forma extrajudicial de solução do conflito.

Como já exposto, a arbitragem não dispõe de inúmeras vias recursais tais como a judicial, nem a remessa necessária em benefício da administração. Por esses motivos entende-se que a arbitragem seria prejudicial ao interesse público.

Sobre o tema Adilson Abreu Dallari menciona que “ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está sim escolhendo uma forma mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público”.¹³²

3.3 Os contratos de concessão

Concessão de serviço público é contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente do serviço.¹³³

¹³² DALLARI, Adilson Abreu. A arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, ano 32, nº 128, out./dez. 1995. p. 66

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 273

Referido contrato é acompanhado das chamadas cláusulas exorbitantes que dão poderes ao concedente para alterar ou rescindir unilateralmente o contrato, fiscalizar sua execução, aplicar penalidades; tem a mesma característica da mutabilidade, sendo a eles aplicável a teoria do fato do príncipe e da imprevisão.¹³⁴

O contrato de concessão é bilateral, comutativo, *intuitu personae* e formal, exige para sua execução procedimento licitatório prévio na modalidade concorrência.¹³⁵

Embora os contratos de concessão sejam típicos contratos administrativos a eles também são aplicáveis regras de direito privado. Sujeitam-se também a regras de caráter regulamentar que fixam a organização e o funcionamento do serviço e outras de natureza essencialmente contratual, que tratam das disposições financeiras que garantem a remuneração do concessionário, ou seja, aquelas que são regidas pelo princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.¹³⁶

A atividade delegada ao concessionário deve ser caracterizada como serviço público, tais como os de energia elétrica, gás canalizado, transportes coletivos, comunicações telefônicas e etc.¹³⁷

Hely Lopes Meireles conceitua o serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado” e nesse sentido menciona que:

Também não é a atividade em si que tipifica o serviço público, visto que algumas tanto podem ser exercidas pelo Estado como pelos cidadãos, como objeto da iniciativa privada, independentemente de delegação estatal, a exemplo do ensino, que ao lado do oficial existe o particular, sendo aquele serviço público e este não. O que prevalece é a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para sua prestação direta ou indireta, pois serviços há que, por natureza, são privativos do Poder Público e só por seus órgãos devem ser executados, e outros são comuns ao Estado e aos particulares, podendo ser realizados por aqueles e estes.¹³⁸

O ilustre autor classifica o serviço público em categorias, dentre as quais nos interessa

134 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 273

135 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. p. 357-360.

136 *Id. Ibid.*. p. 354

137 *Id. Ibid.*, p. 355

138 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16 ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p 290.

relevar a distinção entre serviços públicos propriamente ditos, os de utilidade pública, também chamados de serviços próprios e impróprios do Estado, respectivamente.¹³⁹

Os serviços públicos propriamente ditos seriam aqueles que a administração executa diretamente à população por ser essencial e necessário à sobrevivência da sociedade e do Estado, que por terem a característica de satisfação das necessidades gerais e essências da sociedade são denominados pró-comunidade, por isso são denominados privativos do Poder Público, pois somente a administração pode executá-los sem delegar a terceiros, a exemplo dos serviços de segurança pública, saúde pública.

São os chamados serviços próprios do Estado que só podem ser realizados pelo Poder Público, pois para a execução desses serviços a Administração utiliza-se de supremacia sobre os administrados.

Os serviços de utilidade pública são aqueles que a Administração reconhece sua conveniência para a coletividade e os presta diretamente ou delega a terceiros sua execução (concessionárias, permissionárias, autorizatárias), tais serviços não são essenciais¹⁴⁰, mas facilitam a vida do indivíduo na sociedade, por isso são chamados de serviços pró-cidadão, como os serviços de telefonia, energia elétrica, transportes e etc.

São os chamados serviços impróprios do Estado porque não afetam diretamente as necessidades da sociedade, mas que por serem de interesse desta, a Administração os presta de forma remunerada por meio de seus órgãos ou entidades descentralizadas ou delega a execução desses serviços às empresas concessionárias, permissionárias e autorizatárias, mas devidamente regulamentadas e controlados pelo Poder Público.

3.4 Aspectos contratuais passíveis de aplicação da arbitragem

Os contratos de concessão são regidos por duas categorias normativas, as chamadas cláusulas de natureza regulamentar e as de ordem contratual, aquelas são alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, já as cláusulas de natureza econômica por acordo das

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16 ed. atualizada pela Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 291

¹⁴⁰ O autor classificava os serviços de utilidade pública como dotados de não essencialidade, nem necessidade. No entanto, a Lei 7.783/89, posterior a sua obra, passou a especificar no seu art. 10 como serviços ou atividades essenciais a distribuição de energia elétrica, de telecomunicações e os de transporte dentre outros.

partes.¹⁴¹

As normas regulamentares ou de serviço “disciplinam o modo e forma de prestação do serviço”, são estabelecidas em lei, regulamento ou no próprio contrato e visam à adequada prestação do serviço; por sua vez, as cláusulas econômicas ou financeiras estão relacionadas com a retribuição pecuniária do serviço e vantagens ou encargos patrimoniais do concessionário.¹⁴²

Em relação às espécies de cláusulas contratuais, as regulamentares por manterem relação direta com a persecução do interesse público, não podem submeter-se à arbitragem. Já as cláusulas econômicas por versarem sobre questões meramente monetárias do contrato, podem ser objeto em procedimento arbitral sempre que surgir conflito entre o concedente e concessionário, notadamente quando se exigir a revisão monetária do contrato para garantia do equilíbrio econômico-financeiro.¹⁴³

Nessas espécies contratuais podem surgir conflitos entre o concedente e concessionário de natureza meramente patrimonial a exemplo de cláusulas financeiras, e que por essa razão podem ser submetidos à arbitragem, a despeito do ajuste para manutenção da equação econômico-financeira do contrato.

Na lição de Marçal Justen Filho a equação econômico-financeira “é a relação entre encargos e vantagens assumidos pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo a execução do contrato”.¹⁴⁴

A equação econômico-financeira abrange não apenas o montante devido ao concessionário, mas também prazo estimado para pagamento, a periodicidade e abrangência do contrato ou qualquer outra vantagem decorrente do contrato.¹⁴⁵

O Princípio da tutela à equação econômico-financeira tem assento constitucional no art. 37, inciso XXI, que estabelece o dever de manutenção das condições originais da proposta. A intangibilidade “é uma garantia ofertada ao particular de que não correrá risco quanto a eventos futuros, incertos e excepcionais”.¹⁴⁶

141 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 389

142 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006., p. 389

143 REINERT, Edison Eduardo Borgo. Contratos administrativos e a aplicabilidade de lei de arbitragem. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte: Fórum, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010. p. 103/104

144 JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 29, n. 107, dez. 2009. p. 123.

145 *Id.*, *Ibid.*, p. 123

146 *Id.*, *Ibid.*, p. 124

A tutela à equação deriva do Princípio da Eficácia Administrativa, pelo qual se exige da Administração “que desembolse o menor valor possível nas suas contratações” e também da Isonomia, isto porque se a ocorrência de eventos extraordinários beneficiassem apenas a Administração de modo que as vantagens perdidas pelo particular fossem apropriadas pela população em geral, haveria então ofensa ao princípio da isonomia.¹⁴⁷

A recomposição da equação econômico-financeira pode ocorrer através da revisão, do reajuste e repactuação de preços.¹⁴⁸

O direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro não apenas tem previsão constitucional como também está previsto na própria LC, cujo art. 65, I, alínea d, define que para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado, a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém, de consequências incalculáveis retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Por ocasião da concessão é formado termo de equilíbrio relativo aos encargos do concessionário e a retribuição a que fará jus. No entanto, pode o Estado alterar as condições de prestação do serviço, sempre que necessário para garantir o interesse público. Por essa razão:

[...] o concedente terá de respeitar essa igualdade, de tal modo que o acréscimo de encargos ou mutação de condições de funcionamento de serviço que se reflitam sobre a equação patrimonial não de corresponder as compensações pecuniárias restauradoras do equilíbrio inicial.¹⁴⁹

Embora o Estado possa alterar as condições da prestação do serviço sempre que necessite garantir o interesse público “não menos certo é que está contratualmente preso ao dever de sustentar os termos do equilíbrio econômico que ajustou”.¹⁵⁰

147 JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 29, n. 107, dez. 2009. p. 124

148 *Id.*, *Ibid.*, p. 130

149 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 702

150 *Id.*, *Ibid.*, p. 702

Essa proteção do concessionário não é absoluta, já que este último “exerce um serviço estatal, mas por sua conta, risco e perigos” inerentes a qualquer empreendimento comercial ou industrial sujeitos a álea.¹⁵¹

Quanto ao tema distingue-se a álea ordinária - que corresponde aos riscos normais, a serem suportados pelo concessionário, como por exemplo a diminuição das perspectivas de lucro do concessionário - da extraordinária, que se subdivide em álea administrativa e álea econômica.

Segundo a teoria do fato do príncipe:

[...] o poder concedente deverá indenizar integralmente o concessionário quando, por ato seu, agrava a equação econômico-financeira da concessão em detrimento do concessionário, salvo se a medida gravosa corresponder a ônus imposto aos administrados em geral cuja repercussão não atinja direta ou especificamente as prestações do concessionário.¹⁵²

Pela teoria da imprevisão o Poder Público sujeita-se parcialmente aos prejuízos quando:

[...] resultam para o concessionário de acontecimento (fato ou ato) *imprevisível*, ao qual os contratantes não hajam dado causa, e que provoque *profundo e substancial* desequilíbrio da equação econômico-financeira, tornando ruína, embora *não impossível* (que este seria caso de força maior), a prestação do serviço para o concessionário.¹⁵³ (grifos do autor)

A teoria da imprevisão está relacionada com um obstáculo técnico, a despeito do “encontro de um lençol freático inesperado quando de escavações para realização de obra pública, ou a existência de canalizações não registradas nas plantas da cidade”, cujas dificuldades onerosas aos trabalhos por acrescentá-los obrigam a devida indenização pelo poder concedente.¹⁵⁴

Tais distinções embora didáticas não se revestem de relevância para o Direito brasileira uma vez que o art. 65, I, alínea d, da LC estabelece o mesmo tratamento para o fato

¹⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 706

¹⁵² *Id.*, *Ibid.*, p. 707

¹⁵³ *Id.*, *Ibid.*, p. 708

¹⁵⁴ *Id.*, *Ibid.*, p. 708

do princípio quanto o fato a teoria da imprevisão.¹⁵⁵

Por essa razão a adequação do preço das tarifas visa propiciar o restabelecimento do equilíbrio contratual “toda vez que de alguma forma mais profunda for ele rompido ou, quando impossível o restabelecimento, ensejar a própria rescisão do contrato.”¹⁵⁶

A manutenção desse equilíbrio mostra-se necessária sempre que acontecimentos posteriores à celebração do contrato tais como a teoria da imprevisão, do fato do princípio dentre outros, possam acarretar um desequilíbrio na relação contratual.¹⁵⁷

Tal proteção ocorre porque é comum nos contratos de longa duração a ocorrência de alterações econômicas imprevisíveis que podem tornar inviável a continuidade do contrato pelo particular nos termos em que se obrigou, o que se denomina Teoria da Imprevisão.

Sendo assim, impõe-se um dever à administração de promover o reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato,¹⁵⁸ sempre que houver aumento de encargos impostos pela administração, ou quando sobrevierem fatos imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou nos casos de força maior, caso fortuito, fato do princípio, que configurem álea econômica extraordinária ou extracontratual.¹⁵⁹

Desse modo, como a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro reveste-se de natureza estritamente patrimonial, é possível a aplicação da arbitragem para solução de eventuais controvérsias que possam surgir acerca desse reajuste entre o concedente e o concessionário. E, nesse caso, não se poderia falar em indisponibilidade do interesse público, pois como já visto este último nem sempre se reveste de caráter patrimonial, e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não trata de matéria puramente de interesse público, mas de nítida questão de interesse da administração de âmbito contratual, portanto, passível de solução na via arbitral.

Há de se convir também que embora a arbitragem tenha um custo tanto para pagamento dos árbitros como das despesas empregadas, os particulares ao submeterem um litígio à jurisdição estatal em regra arcam com o pagamentos de custas processuais e honorários de advogados, dentre outros custos, do mesmo modo que a Administração

155 JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 29, n. 107, dez. 2009. p. 126

156 CARVALHO FILHO, José dos santos. **Manual de direito administrativo**. 22 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2009. p. 191

157 *Id.*, *Ibid.*, p. 192

158 TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 128, out. 2005, p. 62

159 *Op. cit.*, p. 192/193

dispende elevados custos com o processamento e julgamentos de processos judiciais.

Além disso, como o restabelecimento do equilíbrio econômico trata de matéria extremamente técnica, os árbitros podem ser escolhidos dentre especialistas em economia ou contabilidade por exemplo, pois a especialidade é um traço marcante na arbitragem.

Embora os juízes possam ter conhecimento em diversas áreas, não raro necessitam do auxílio de peritos ou especialistas em determinados ramos para solucionar uma demanda, e nesses casos, a remuneração pelos serviços ocorre a cargo do Estado.

Portanto, diante da importância das parcerias firmadas entre o Estado e os particulares para a consecução das finalidades públicas, não há mais que se falar num Estado que tem como característica “uma pluralidade de prerrogativas a si favoráveis, e pretenda eliminar garantias reforçadas em favor do particular”, o que seria nocivo aos interesses da sociedade.¹⁶⁰

É inegável o valor da arbitragem para a solução do impasse, pois dada a celeridade do procedimento e da especialidade dos árbitros, o impasse pode ser solucionado sem intervenção do judiciário, cuja morosidade na conclusão dos processos pode servir como um fator desestimulador na captação de investimentos privados para a consecução do fim último da administração que é a busca do bem comum.

Desse modo, é inegável reconhecer que a aplicação da arbitragem para solucionar conflitos de alguns aspectos em contratos administrativos, serviria como um estímulo para os contratantes privados que necessitam de retorno rápido nos seus investimentos, como também para o poder público que necessita de grande aporte financeiro para implementação de finalidades públicas.

Algumas decisões judiciais favoráveis à aplicação da arbitragem às relações que envolvam o poder público, corroboram diversos argumentos defendidos no curso desse trabalho, tais como a distinção entre interesse público primário e secundário ou interesse da administração; a possibilidade de participação de entes estatais na arbitragem, uma vez que nem sempre tais entes defendem interesses primários, notadamente nos casos em que a administração esteja obrigada a contraprestação financeira, hipótese em que a arbitragem seria aplicável; a não violação do princípio do juiz natural, visto que a arbitragem somente é aplicável por convenção das partes; além do entendimento que a arbitragem não apenas é permitida como recomenda porque privilegia o interesse público, na medida em que o contratante estaria escolhendo uma forma mais célere de defesa do interesse público.^{161 162}

¹⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 29, n. 107, dez. 2009. p. 131

Além disso, a constitucionalidade da lei de arbitragem foi discutida incidentalmente na homologação da Sentença Estrangeira nº 5206-7, originada de laudo arbitral da Espanha.¹⁶³

Merecem destaque algumas considerações feitas pelo Ministro Marco Aurélio, uma delas a de que a lei de arbitragem seguiu uma tendência mundial de se chegar a solução de conflitos em menor espaço de tempo, evitando a sobrecarga do judiciário e prestigiando a autonomia de vontade das partes, presente na celebração da cláusula compromissória. Acrescentou que esta, por sua vez não traduz ofensa ao princípio do juiz natural, isto porque as partes não são obrigadas por lei a submeterem seus conflitos à jurisdição estatal nem mesmo à arbitragem. Daí conclui que a cláusula compromissória não ofende a previsão contida no art. 5º, XXXV da CF, mas privilegia a autonomia da vontade. Além disso, elogia a inteligência do art. 25 da LA o qual determina que havendo no curso do procedimento questão que verse sobre direitos indisponíveis, o Tribunal arbitral remeterá as partes a autoridade judiciária competente suspendendo o procedimento.

Nessa mesma decisão a relatora Ellen Gracie interpreta a regra contida no art. 5º, XXXV não como um dever de invocar a proteção do judiciário sempre que alguém tiver um direito lesionado ou ameaçado, mas como uma garantia de tutela jurisdicional, o que não subtrai a possibilidade de alguém buscar alternativas extrajudiciais para solução de conflitos.

A proteção que trata o dispositivo em exame garante por exemplo o direito de execução judicial da sentença arbitral se porventura a parte sucumbente se recusar a cumprir a obrigação a ele imposta.

¹⁶¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 11.308. Administrativo. Permissão de área portuária. Juízo Arbitral. Possibilidade. Relator: Min. Luiz Fux, 09 de abril de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=4116580>, Acesso em: 31 out. 2011

¹⁶² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 606.345. Processo Civil. Juízo Arbitral. Sociedade de economia mista. Direitos disponíveis. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 17 de maio de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=3065253&nreg=200302052905&dt=20070608&tipo=91&formato=PDF>, Acesso em: 01 nov. 2011

¹⁶³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5206-7. Laudo arbitral. Homologação. Lei de Arbitragem. Constitucionalidade. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 12 d dezembro de 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>, Acesso em: 01 nov. 2011

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, percebe-se que o espírito da Lei de Arbitragem é a busca extrajudicial de solução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, que por consequência possibilita o desafogamento do poder judiciário.

Como visto a aplicação do instituto não é recente e passou por um declínio a partir do momento em que o Estado tomou para si o dever de prestação jurisdicional, ganhando força novamente a partir da globalização e o crescente aumento dos contratos internacionais, cujas controvérsias que surgiram no seu curso, necessitavam de rápidas soluções que as partes não encontravam na jurisdição comum.

O papel do Estado também passou por transformações decorrentes de significativas alterações econômico-sociais, passando do Estado Liberal para o Estado Social e depois para o Estado Democrático de Direito, fase na qual os interesses públicos e privados deixaram de ser tratados antagonicamente, em razão do surgimento de uma multiplicidade de interesses sociais conflitantes que redimensionaram a centralidade estatal.

Esse novo contexto econômico em que se verificou uma sensível redução da intervenção estatal na economia, o crescimento das relações privadas e da arbitragem também se verificou no Brasil especialmente a partir do advento da Lei de Arbitragem e da reforma do Estado ocorrida na década de noventa.

A partir do surgimento de questões envolvendo arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado, surgiram alterações legislativas como a do art. 23-A da Lei de Concessões que disciplinou a possibilidade de arbitrabilidade de litígios em contratos de concessão, demonstrando assim uma tendência de convergência nas relações entre o Estado e sociedade civil e do consensualismo no âmbito dos contratos administrativos, marcados pela verticalidade entre o poder público e os particulares em razão das cláusulas exorbitantes do direito comum.

Dessa forma, a questão arbitrabilidade nos contratos administrativos passou a receber ferrenhas críticas de alguns doutrinadores notadamente, quanto às questões da arbitrabilidade objetiva e subjetiva, da inexistência de publicidade no procedimento bem como da violação aos princípios da legalidade e do juiz natural.

Como visto, a questão da arbitrabilidade subjetiva resta ultrapassada já que a expressão “pessoas capazes de contratar” contida na lei de arbitragem abrange as pessoas

jurídicas de direito público, além disso a interpretação do art. 54 da lei de licitações e contratos contém uma autorização implícita dessa possibilidade. Nesse sentido, não há que se falar em violação ao princípio da legalidade.

Também afastou-se a ideia de violação ao princípio do juiz natural, uma vez que a aplicação da arbitragem só pode ocorrer por acordo das partes mas não compulsoriamente de modo a excluir previamente a jurisdição estatal.

O ponto mais intrigante da questão foi a arbitrabilidade objetiva, já que a lei se refere a litígios envolvendo direitos disponíveis, o que à primeira vista seria inaplicável aos contratos administrativos em razão do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos.

Desse modo, foi necessário esclarecer que doutrinariamente costuma-se classificar duas espécies do gênero interesse público, os primários e secundários, e que estes últimos se relacionam com os interesses patrimoniais da administração.

Por essa razão defendeu-se nesse trabalho a aplicação da arbitragem nos contratos de concessão em relação às cláusulas de natureza econômica, pois muito embora tais contratos se submetam também a normas regulamentares apenas àquelas são dotadas de disponibilidade e portanto, passíveis de sujeição à via arbitral.

As cláusulas econômicas estão relacionadas com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato necessário sempre que fatos supervenientes ocasionem uma quebra desse equilíbrio de forma a tornar impossível ou prejudicial a continuidade do serviço prestado pelo concessionário. Nesse caso, o acordo para o restabelecimento do equilíbrio é feito entre o poder concedente e o concessionário sem necessidade de intervenção judicial, que somente será necessária se a parte prejudicada assim desejar.

Assim, por tratar de hipótese na qual as partes acordam mutuamente sobre questão financeira, os conflitos referentes ao equilíbrio econômico- financeiro do contrato podem sem dúvida ser arbitráveis.

Vê-se então diante da necessidade estatal de investimentos privados para a consecução de grandes empreendimentos, que a arbitragem dada sua celeridade, pode servir como atrativo à captação de capital e tecnologia de investidores privados, que mediante concessão passarão a executar grandes empreendimentos por sua conta e risco em troca de tarifa cobrada dos usuários do serviço. Desse modo, esses investimentos não dispendidos pela Administração podem ser utilizados para outros fins sociais em melhorias na educação, saúde, habitação dentre outras políticas públicas de desenvolvimento nacional.

Como já dito não se vislumbra na arbitragem violação ao princípio da publicidade, uma vez que os atos administrativos estão sujeitos à fiscalização dos tribunais de contas, além disso o sigilo do procedimento arbitral refere-se aos atos e documentos, nada impedindo, entretanto, que o órgão proceda a publicação do resultado do julgamento em revistas especializadas no tema para conhecimento do público. No entanto, seria viável a inserção no compromisso arbitral da obrigação de divulgação da sentença arbitral pelo órgão institucional.

Acrescente-se a isso o fato de que a sentença arbitral tem valor de título executivo judicial, e na hipótese da parte sucumbente não cumprir a obrigação estipulada pelo árbitro, a parte lesada pode ingressar com ação executiva em juízo, e nesse caso devido à publicidade inerente aos processos judiciais, o objeto discutido no procedimento arbitral passaria a ser público.

Emfim, dada a importância dos investimentos privados para a consecução de obras e serviços de interesse público, não há mais que se falar num Estado que mantenha prerrogativas a si favoráveis em detrimento de desvantagens sofridas pelos particulares, o que poderia ocasionar uma sensível redução do interesse particular em contratar com os entes públicos.

Por todo o exposto, é que a arbitragem deve ser estimulada em razão da especialidade dos árbitros, como alternativa à efetividade e celeridade da resposta jurisdicional, já que a prestação da justiça estatal não é a única forma de acesso à justiça, além de estimular a eficiência na prestação dos serviços públicos e o consensualismo entre as partes, deixando a cargo do judiciário as causas inarbitráveis como as matérias que envolvam direitos indisponíveis, interesses de incapazes, direito penal, dentre outros.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. Carreira. **Direito Arbitral**, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal 2ª Região**, Rio de Janeiro: EMARF-TRF 2ª Região, v. 9, n. 01, p. 417-422, abr. 2007.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005
- BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, São Paulo: NDJ, V. 23, n. 07, p. 779-791, jul. 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- DALLARI, Adilson Abreu. A arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, ano 32, n. 128, p. 63-67, out./dez. 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n. 32, p. 14-20, 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 29, n. 107, p.122-131, dez. 2009
- KUBOTA, Flávio Hiroshi. Análise acerca da utilização do instituto da arbitragem pela administração pública e em parcerias público privadas. **Boletim de licitações e contratos**, São Paulo: NDJ, ano XIX, n. 05, p. 445/451, mai. 2006.
- LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo: Malheiros, v. 43, n. 134, p. 148/163, abr./jun. 2004.

MAGALHÃES, José Carlos de. Contratos com o Estado. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre: Síntese, ano I, v. 1, n. 3, p. 22-41, jul./set. 2004.

MAIA, Cristiano Soares Barroso. A (im)pertinência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 103, pg. 17-28, set. 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato Administrativo e a lei de arbitragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, n. 223, p. 115/131, jan./mar. 2001.

MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis à luz da lei de arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista os Tribunais, ano 30, nº 122, pg. 151-166, abr. 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 16 ed. atual. pela Constituição de 1988, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Direito administrativo brasileiro**, 32 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Pimentel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Jurema Villela Souto. Arbitragem em contratos firmados com empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, n. 236, p. 215-261, abr./jun. 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte: Fórum, ano 5, n. 52, p. 5658-5676, jun. 2005.

PINTO, José Emílio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais. **Revista Zênite ILC – Informação de licitações e contratos**, Curitiba: Zênite, ano XII, n. 133, p. 09-26, mar. 2005.

_____. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 02, n. 06, p. 25-36, jul./set. 2005.

REINERT, Edison Eduardo Borgo. Contratos administrativos e a aplicabilidade de lei de arbitragem. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte: Fórum, ano 8, n. 28, p. 91-112, jan./mar. 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacinto Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, vol. 248, p. 117-126, mai./ago. 2008.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, n. 210, p. 111-114, out./dez. 1997.

TALAMINE, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 128, p. 59-77, out. 2005.

WALD, Arnoldo. As concessões e a arbitragem. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano XXIX, n. 107, p. 33-43, dez. 2009.