www.conteudojuridico.com.br

CNEC/FACECA

FACULDADE CENECISTA DE VARGINHA

VILMAR ANTÔNIO MOCCELIN JÚNIOR

VALIDADE DA APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Varginha

2013

VILMAR ANTÔNIO MOCCELIN JÚNIOR

VALIDADE DA APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Cenecista de Varginha, como requisito parcial, para obtenção do Grau Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Arbitragem
Orientador: Juliano de Oliveira Pena

Varginha
2013

VILMAR ANTÔNIO MOCCELIN JÚNIOR

Monografia intitulada "***Validade da Aplicação da Arbitragem na Administração Pública***" aprovada como requisito parcial para obtenção do grau Bacharel em Direito no curso de Direito da Faculdade Cenecista de Varginha.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Juliano de Oliveira Pena - FACECA

Prof. Ms. Luiz Antônio Ribeiro da Cruz - FACECA

Prof. Ms. Alexandre Frederico Rodrigues de França Antunes.- FACECA

Prof. Ms. Fabiano Guimarães Nogueira

Coordenador do Curso de Direito

Varginha, 04 de oubutro de 2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, aos meus pais, minha irmã e especialmente à minha esposa.

Aos professores e colegas, e todos que contribuíram para a conclusão desse trabalho.

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso (monografia) visa analisar à luz do direito constitucional e administrativo a viabilidade técnico-jurídica da aplicação da Arbitragem conforme a Lei 9.307 de 1996 na administração pública, seja ela direta ou indireta, ou ainda na nova figura das Parcerias Público Privadas. O tema apresenta nuances legais extremamente interessantes e importantes de serem estudadas, pois além de possuir pouca discussão sobre a problemática específica indicada (como aplicar a Lei 9.307/96 à administração pública), a maioria dos poucos trabalhos se atém a discutir a arbitrabilidade (ou não) das lides envolvendo o Estado, que apesar de ainda não estar plenamente pacificada já possui uma tendência majoritária pela aceitação, visto ser a arbitragem uma ferramenta importantíssima para se alcançar a eficiência esperada de uma administração moderna em um mundo globalizado como o atual. Dado esse novo terreno que a arbitragem passa a percorrer, é de suma importância a discussão da forma como a arbitragem será aplicada com na administração pública, sem gerar insegurança jurídica, seja para a outra parte, seja para o próprio administrador, que pode incorrer em crime administrativo se não prezar pela legalidade plena dos seus atos.

Palavras-chave: Arbitragem. Lei 9.307/96. Administração Pública. Contratos. Parcerias Publico-Privadas.

ABSTRACT

This monography of conclusion of course aims to analyse, under the light of Constitucional and Administrative Right, the technical and legal viability of the use of Arbitration as provided in the Law 9.307/96 in the public administration, whether direct or indirect, or in the form of the new forma of the Private-Public Partnership. The topic presents extremely interesting and important legal details to be studied, because, in addition to the lack of studies about the specific issue presented (how to apply the 9.307/96 Law to the public administration), the majority of this papers restricts itself to discuss the arbitrability (or not) of the legal discussion involving the public administration, with although not tottaly unanimous, have a majority tendency to accept, due the arbitration be an important tool to reach the efficiency expected of a modern administration in a globalized world of today. Given this new ground that the arbitration shall go, it is very important to discuss how the arbitration will be applied in the public administration without create legal uncertainty, either to the other party, whether for the administrator himself, who may incur in administrative offense if not fully folow the legality of their actions.

Keywords: Arbitration. Law nº 9.307/96. Public Administration. Contracts. Public-Private Partnership.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 08

2 ARBITRAGEM 11
2.1 Definição sumária de Arbitragem 12
2.2 A supremacia da autonomia da vontade e a flexibilidade da arbitragem 13
2.3 A confidencialidade na arbitragem 14
2.4 A celeridade da arbitragem 15
2.5 A utilização da jurisdição estatal em apoio à arbitragem 16

3. PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 19
3.1 Princípio da Legalidade 20
3.2 Princípio da Publicidade 21
3.3 Princípio da Eficiência 22
3.4 Princípio do Interesse Público 23

4 NOÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 25
4.1 Características dos Contratos Administrativos 27
4.1.1 A necessidade de forma prescrita em lei e do devido processo legal 27
4.1.2 A natureza de contrato de adesão 28
4.2 Modalidades do Contrato Administrativo 29

5 ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 31
5.1 Ideias contrárias à arbitrabilidade no âmbito do poder público 31
5.1.1 Inconstitucionalidade 31
5.1.2 Ofensa ao interesse público 33
5.2 Ideias favoráveis à arbitrabilidade no âmbito do poder público 34
5.3 A admissibilidade contida 35
5.3.1 Visão do TCU 36
5.4 Formação da convenção arbitral na Administração Pública 37
5.4.1 A instituição da arbitragem 38
5.4.2 A escolha do(s) árbitro(s) 39
5.4.3 Contratação e honorários do(s) árbitro(s) e outras despesas arbitrais 40
5.4.4 A impossibilidade do uso de certas ferramentas arbitrais 41
5.5 A Lei 19.447/11 de Minas Gerais (Lei Mineira da Arbitragem) 43

6 CONCLUSÃO 45

REFERÊNCIAS 48

1 INTRODUÇÃO

No judiciário brasileiro existe uma situação que se demonstra insustentável, para dizer o mínimo. Me restringindo apenas à realidade local (Comarca de Varginha e Seção Judiciária Federal de Varginha), em análise a seus números estatísticos temos a seguinte realidade.

No Relatório de Movimentação Processual de 2012 publicado pelo TJMG encontramos índices assustadores com um acumulado de 18.077 processos distribuídos e apenas 13.647 julgados, ou seja, índices de Julgados x Distribuídos de 75,5%, e tudo isso num acervo de 48.061 processos no dia 31/12/2012 (TJMG, 2013).

Na vara única da Justiça Federal de Varginha a situação não é diferente. A distribuição total em 2012 publicada pelo sistema Transparência em Números do TRF-1 foi de 2.575 processos distribuídos ante 1.425 julgados, gerando um índice Julgados x Distribuídos de meros 55,3%, num universo de 7.664 processos em Tramitação (TRF-1, 2013).

Na Comarca de Varginha ainda temos uma Vara de Fazenda Pública onde a situação é ainda pior do que a situação geral da Comarca, com 2.093 Distribuições ante 1.312 Julgados, gerando um índice de 62,7% num universo de 16.987 processos no Acervo da Vara no último dia de 2012.

Tais números, apesar de restritos às primeiras instâncias locais, demonstram a incapacidade de o judiciário atender às demandas que lhe são levadas atualmente. Vemos que o sistema simplesmente não consegue julgar, no mínimo, a mesma quantidade de ações que são distribuídas. Tal situação gera uma lentidão nos julgamentos que gera efeitos danosos à plena justiça, ainda mais quando se fala em lides envolvendo o Estado, que geralmente envolve bens jurídicos públicos, com efeitos danosos a uma parcela elevada de cidadãos.

Não vou me aprofundar nos números, pois não é o foco deste trabalho. O foco é na solução de parte do problema, dada a possibilidade de a arbitragem de causas envolvendo o Estado se demonstrar como possibilidade de impedir que demandas de alta complexidade, arbitráveis do ponto de vista do objeto, tenham que ser levadas à jurisdição estatal, demandas estas que se não existem em números elevados demandam uma grande quantidade de tempo dos julgadores de todas as instâncias.

Essa possibilidade de arbitrabilidade de causas envolvendo o Estado geraria ainda o

ganho em celeridade na solução do conflito apresentado, tendo em vista que a lentidão da jurisdição estatal gerada pelo elevado número de causas leva à lentidão na prestação de serviços pelo Estado. Ou seja, além de poder contribuir com a celeridade da justiça, mesmo que em escala não tão elevada, a arbitragem de lides envolvendo o Estado ainda poderia gerar um ganho ao gerar uma solução mais rápida ao conflito por desviar do judiciário.

Porém tal território ainda é pouquíssimo explorado por nós, operadores do direito, e, em especial pelos advogados, que ainda preferem, quando consultados, a utilizar a justiça Estatal, fruto de gerações formadas com foco único nesta forma de solução de conflitos e tal linha de pensamento se mostra ainda mais forte quando temos em um dos lados da lide o Estado.

Ultimamente tem se expandido na literatura jurídica nacional a busca por soluções alternativas de conflitos em âmbito das relações privadas, com o fortalecimento da Justiça Especial, trabalhos sendo realizados nas comunidades a fim de se aumentar a solução pacífica entre as partes (de modo que os pequenos conflitos nem cheguem à justiça), e, em última instância uma ainda incipiente mas com crescimento visível da via arbitral, nos termos da Lei 9.307/96, para a solução dos conflitos que não sejam amigavelmente resolvidos, principalmente quando temos o envolvimento de empresas, que em geral não podem se dar ao luxo de aguardar anos para a solução de conflitos pelas vias ditas convencionais.

O presente trabalho tem como foco demonstrar a possibilidade (ou impossibilidade) jurídica de se estender essa aplicabilidade da arbitragem também na esfera pública, seja na administração indireta, seja na indireta, envolvendo principalmente as empresas públicas, sociedades de economia mista, consórcios públicos, mas também em todos os outros ramos onde temos a mão do Estado, chegando, inclusive, à administração direta, com o intuito de esta desviar do congestionado judiciário em suas resoluções de conflitos, afim de respeitar princípios como a eficiência, sem que com isso incorra em contrariedade a outros como a legalidade.

No primeiro capítulo irei tratar da arbitragem em si, suas principais características, regras, aplicações e restrições. A intenção é realizar a devida introdução ao conceito de arbitragem, que, apesar de já existir a milênios na história, e ser um instituto que já foi muito utilizado no Brasil, só veio a retomar uma utilidade mais realista e com aplicabilidade prática com a publicação da Lei da Arbitragem em 1996, ou seja, alcançará a maioridade em meados

do ano de 2014.

O segundo capítulo tratará do delineamento dos princípios basilares da administração pública necessários à correta análise da aplicabilidade da arbitragem à Administração Pública.

O terceiro capítulo apresentará noções gerais sobre os contratos da Administração Pública, delineando as regras genéricas, inclusive versando sobre as modalidades e previsões legais.

O quarto capítulo trabalhará a arbitragem na administração pública em sí, sendo o cerne deste trabalho. Irei tratar das ideias contrárias à administração pública utilizar-se do instituto da arbitragem sob as regras atuais, inclusive a suposta inconstitucionalidade e ofensa ao interesse público. Posteriormente as ideias favoráveis serão explicadas, inclusive a visão de não ser necessária uma lei autorizativa prévia, como alguns doutrinadores defendem. Ainda será abordada a visão do Tribunal de Contas da União e finalmente os limitadores naturais à sua aplicabilidade plena nos moldes do que pode ser feito no direito privado. Neste capítulo tratarei ainda da formatação das convenções arbitrais e cláusulas arbitrais envolvendo a administração pública, a instituição, escolha dos árbitros e sua contratação, honorários e outras despesas e a necessidade de que certas decisões sejam proferidas de acordo com as normas gerais da administração, impossibilitando o uso pleno de todas as ferramentas dadas pela Lei da Arbitragem a fim de preencher esses princípios.

Neste trabalho não espero esgotar o assunto, mas sim conseguir ao menos colocar uma luz sobre este ponto tão crítico ao desenvolvimento nacional que é a solução célere dos conflitos que surjam no processo de gestão da máquina pública. A princípio considero não haver nenhum impedimento à aplicação plena, não considerando necessária nem uma lei (em sentido amplo) prévia para cada ente público, porém vejo que a ausência dessa previsão legal torna a aplicação difícil, pois o próprio administrador, com a intenção de manter a legalidade, evitará o seu uso, logo vejo ser necessário o balizamento legal da aplicação da arbitragem, seja por meio de uma Lei específica, seja por normas infra-legais.

2 A ARBITRAGEM

A arbitragem é um dos meios alternativos de solução de conflitos. Residia no Capítulo XIV (Do Juízo Arbitral) do Livro IV (Dos Procedimentos Especiais) do Código de Processo Civil de 1973 (Arts. 1.072 a 1.102), e jazia lá, praticamente como letra morta, pois sua aplicação ficava inútil ante a necessidade de posterior homologação judicial.

O que já havia sido amplamente utilizado, inclusive em conflitos envolvendo o Estado, não mais o era por questões de ordem prática, afinal, se seria necessária uma homologação complexa e demorada por parte do judiciário, qual o motivo de não levar a lide à apreciação deste logo de início?

Em 1992, porém, um resgate da arbitragem no Brasil começa a ser escrito. Marco Maciel, então senador, apresenta o Projeto de Lei nº 78, que após 4 anos se converteu na Lei 9.307 de 1996 (Lei da Arbitragem, doravante chamada LA), tornando-se o respaldo positivo da nova arbitragem nacional, inclusive revogando expressamente, em seu Art. 44, todos os dispositivos acerca do assunto no Código de Processo Civil que ainda vigora, e no Código Civil de 1916, substituído por um totalmente novo em 2002.

Balizada por esta Lei enxuta, de invejável objetividade e com viés extremamente prático, a arbitragem, apesar de ter sido uma lei que "pegou", usando as palavras de Pedro A. Batista Martins (MARTINS, 2008), ainda sofre certo preconceito da comunidade jurídica, seja por parte de magistrados, que veem nela uma afronta ao seu poder jurisdicional, seja por desconfiança de advogados, principalmente aqueles formados pela escola focada no litígio, no conflito, sempre temerosos em usar essa ferramenta por sua restrição a quaisquer possibilidades de recursos ao julgado material.

Tais visões, na opinião desse autor, estão baseadas mais em motivações pessoais destes operadores do direito (perda de poder e do "jus esperniandi"[1], por exemplo) do que em uma real preocupação com riscos à aplicação do direito, segurança jurídica, etc.

O uso do termo justificar não é um exagero, pois a partir da entrada em vigor dessa Lei o uso da Arbitragem no Brasil iniciou um processo de crescimento intenso, com a criação de

[1] *Jus esperniandi* é comumente ouvido no meio jurídico à prática de levar a lide à todas as formas de recurso, porém não por acreditar que o julgado feriu o direito ou qualquer outro tipo de motivações de boa fé, mas sim usando de má fé, com o intuito exclusivo de prorrogar a execução da sentença.

Câmaras de Arbitragem por diversas instituições de ampla influência, como a Fundação Getulio Vargas, ou seja, um instituto antigo, que estava sepultado por uma legislação complexa e anti-prática voltou a fazer sentido no mundo jurídico, com vantagens amplas como a celeridade, flexibilidade, liberdade (em sentido amplo) e possibilidade de confidencialidade.

2.1 Definição sumária de Arbitragem

A Arbitragem consiste, em resumo, em uma pessoa capaz de contratar, ceder uma lide que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, à apreciação por uma pessoa (ou pessoas) denominada árbitro, e escolhido pelas partes em comum acordo, com base na confiança, de que a pessoa irá julgar segundo os princípios da competência, imparcialidade e independência, inclusive com a opção de escolha da forma a ser julgado o litígio (equidade ou direito) ou ainda quais serão as normas a serem usadas se a opção for o direito. Com todas essas decisões tomadas com amplo e quase irrestrito respeito à autonomia da vontade das partes, ressalvado apenas o respeito aos bons costumes e à ordem pública.

Gera, ao final, uma sentença arbitral, de caráter irrecorrível materialmente, com efeitos idênticos ao da sentença judicial, fazendo coisa julgada material, e consistindo em título executivo judicial.

Tendo em vista o foco mais restrito deste trabalho à aplicação da Arbitragem à administração pública, não irei me ater por demais nas tecnicidades da aplicação da Arbitragem em si, analisando ponto a ponto os artigos da LA, pois, além de perder o foco, corre-se o risco de tornar esse capítulo por demais extenso. Para isso existe crescente doutrina no assunto, e, assim como pressupõe-se o conhecimento de princípios básicos do Direito por parte do leitor, como, por exemplo, a definição de jurisdição estatal, ou mesmo de Estado, irei pressupor que haja, por parte do leitor, um conhecimento da LA e do funcionamento genérico da Arbitragem, afim de dar um andamento mais célere aos capítulos introdutórios.

Há, no entanto, fundamentos que merecem atenção especial neste trabalho, pois as "premissas (...) serão fundamentais à posterior identificação das peculiaridades que a arbitragem envolvendo o Poder Público assume tanto em relação à artibragem entre particulares quanto no que tange ao processo judicial" (AMARAL, 2012, p. 53).

2.2 A supremacia da autonomia da vontade e a flexibilidade da arbitragem

Em seu Art. 2º a LA começa a tecer seu preceito mais importante: a supremacia da autonomia da vontade das partes. Praticamente tudo na LA passa a apresentar um respeito quase irrestrito a esse preceito, partindo da intenção de levar a lide à apreciação privada à forma de como isso irá acontecer, passando pela escolha dos árbitros, ou ainda árbitro, ou mesmo uma instituição, as normas a serem seguidas, ou mesmo falta delas, usando-se a equidade.

Esse conceito basilar possui importância tão profunda neste instituto que a própria Arbitragem não pode existir sem ele, afinal, é a autonomia da vontade que faz com que duas pessoas com capacidade contratual tomem a decisão de levar seu conflito de interesses versando direitos patrimoniais disponíveis a uma apreciação privada, de caráter irrecorrível materialmente.

Escolhida a arbitragem temos que as partes tem que escolher como, quem, onde, com base em que julgar, o prazo para esse julgamento, limites, enfim, ao contrário da jurisdição estatal, onde a Lei é o irradiador de todo direito, aqui será a vontade das partes que irradiará ou ao menos escolherá todas as regras.

Tal princípio é tão forte que a partir da aceitação, por parte do árbitro, de figurar como julgador, este também é incluída nele, logo modificações na "regra do jogo" no curso da arbitragem terá que ter, além das partes, o aval do árbitro, como ocorre, por exemplo, na extensão do prazo para ocorrer a sentença arbitral.

Porém tal autonomia não é plena, pois o Art. 21, §2º da LA diz que "Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento" (BRASIL, 1996).

> No Brasil, as restrições quanto à possibilidade de opção ou elaboração de desenhos procedimentais são bem limitadas, devendo-se observar apenas o respeito aos princípios do contraditório, da igualdade entre as partes, da imparcialidade, do árbitro e de seu livre convencimento. Respeitados esses limites, qualquer arranjo procedimental mostra-se passível de acordo com a vontade das partes e do caso. (SALLES, 2011, p. 35)

Princípios fundamentais do direito, além daqueles Constitucionais, como o princípio do devido processo legal, também restringem parcialmente a vontade das partes, pois impedem, por exemplo, que estas decidam por sua plena vontade excluir do Estado Juiz a

possibilidade de uma posterior impugnação da sentença arbitral por meio da Ação Anulatória prevista na própria LA, ação esta, que cabe ressaltar, nunca irá tocar no julgado material, apenas no procedimental, podendo, no entanto, anular todo o processo arbitral caso este possua vícios insanáveis Uma decisão excluindo a possibilidade dessa ação, mesmo que por vontade livre das partes será inócua, pois abrir mão do devido processo legal, preceito este Constitucional, não está mais na esfera dos direitos indisponíveis das partes (AMARAL, 2012).

Uma outra restrição é a necessidade dos árbitros serem em número ímpar, mas caso as partes elejam um número par os próprios árbitros poderão eleger outro, ou, caso não haja acordo remeter o assunto ao judiciário.

Como vimos as restrições são poucas e praticamente tudo pode ser decidido pelas partes em comum acordo, e isso permite uma flexibilidade que o Judiciário nunca poderia equiparar, pois a aplicação pode se dar desde a aceitação sem questionamentos das regras pré-estabelecidas por um órgão arbitral (em moldes similares ao da justiça estatal) até uma arbitragem *ad-hoc* totalmente moldada para aquela situação específica que se apresenta no momento, com tudo decidido para melhor atender às intenções das partes em solucionar rapidamente o conflito.

2.3 A confidencialidade na arbitragem

Um dos pontos com mais vantagens na utilização da Arbitragem por empresas é a possibilidade de todo o processo ser sigiloso, ao contrário da jurisdição estatal que possui como regra geral a publicidade dos seus atos, sendo o segredo de justiça uma exceção que vale apenas quando o interesse público exigir ou que a lide verse sobre direito de família, exceções estas presentes no Art. 155 do Código de Processo Civil.

Segredos industriais, por exemplo, não constam nesse rol, logo uma lide que envolva apenas pessoas capazes, e que versem sobre direitos disponíveis e que tenha algum segredo industrial, só terá mantido esse segredo ao utilizar-se da via arbitral.

Se a regra geral da justiça estatal é a publicidade, para mim, pessoa física ou jurídica de direito privado e sem vínculo nenhum com a administração pública, pode ser muito mais

vantajoso levar minha lide que versa sobre um segredo industrial de alto valor à arbitragem por parte de uma instituição ou pessoa na qual eu confie, e caso a outra parte também pense assim (mais uma vez a onipresente autonomia da vontade) o problema estará resolvido, e todo o segredo por trás daquela lide estará resguardado.

Esta confidencialidade, porém, não é absoluta nem obrigatória. O segundo por a autonomia da vontade ser praticamente suprema, logo se por algum motivo as partes optarem pela publicidade a arbitragem assim será. E a primeira por perder-se essa característica caso haja necessidade de levar o caso ao judiciário por algum motivo. "(...), caso uma das partes decida impugnar a sentença arbitral ou a convenção de arbitragem perante o Poder Judiciário, o sigilo eventualmente pactuado na arbitragem cederá à regra geral da publicidade que norteia o processo judicial" (VELLOSO, 2007, p.411[2] *apud* AMARAL, 2012, p. 49).

Aqui surge um detalhe que será abordado posteriormente: é unânime o pensamento que diz que os entes estatais não podem valer-se dessa ferramenta da arbitragem sob pena de ferir um princípio geral da administração pública.

2.4 A celeridade da arbitragem

O primeiro ponto que gera celeridade na arbitragem é a inexistência de qualquer forma de se recorrer, o que for decidido por aquele árbitro ou banca de árbitros valerá como sentença judicial com caráter irrecorrível, ou seja, é como se a sentença da primeira instância gerasse um transitado em julgado. Obviamente no judiciário ninguém iria querer que isso ocorresse, porém na arbitragem por haver o respeito à vontade das partes tem-se que os julgadores ou julgador iniciais já são os que melhor irão julgar a lide, seja pela sua capacidade técnica, seja por outros motivos, logo não há motivo para a existência de um grau recursal.

Outro detalhe que promove a celeridade é que logo na formatação da cláusula arbitral ou da convenção de arbitragem há a estipulação do prazo para a sentença arbitral, que deve ser estipulado em comum acordo entre as partes e também com o árbitro (ou árbitros), seja pela aceitação do que já foi estipulado pelas partes, seja por ação proativa deste. O mesmo vale para uma possível prorrogação, onde não há impedimento a não ser a vontade das partes,

[2] VELLOSO, Adolfo A. **Validade de eficácia da convenção de arbitragem em contratos administrativos:** a ótica judiciária. *In*: LEMES, Selma Ferriera; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord). **Arbitragem**:estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *in memorian.* São Paulo: Atlas, 2007

que nessa altura inclui o árbitro. Necessário se faz lembrar que pelo constante no Art. 23, *caput*, da LA, caso as partes não façam menção a esse ponto o prazo para a sentença arbitral é de 6 meses.

Há, então, uma previsão desde o início do processo para o seu término e consequente possibilidade de execução da decisão. Não ocorre o que vemos no dia-a-dia das lides entregues ao poder judiciário onde não temos prazo para o proferimento da primeira sentença, muito menos de quando haverá a possibilidade de execução da decisão dado as inúmeras possibilidades recursais.

Aqui aproveito para esclarecer que essa falta de prazo não é uma crítica ao funcionamento do judiciário, mas apenas um elogio à arbitragem. Obviamente ninguém espera que um Juiz, que não é especialista em determinada área, estabeleça prazos desde o início, o mesmo valendo pra quando os recursos são entregues a Desembargadores, membros dos TRFs, Ministros ou quaisquer outros Magistrados que, apesar de toda sua experiência jurídica, não são especialistas em tudo e dependerão de peritos e outras figuras especialistas no assunto.

Já na arbitragem não, nela as partes, sempre em comum acordo, entregarão a lide a árbitros que normalmente são especialistas na área em litígio, ou seja, o próprio julgador pode ser o perito com confiança de ambas as partes, e por estar tratando de área no qual tem domínio é capaz de estabelecer prazos, e, melhor ainda, cumpri-los a contento.

Enfim, a razoável duração do processo prevista no inciso LXXVIII do Art. 5º da Constituição é plenamente satisfeita por esta forma alternativa de solução de conflitos por, além de prever que a decisão é seu efetivo fim, também estabelece que o prazo é estabelecido pelas partes, e quem melhor para estabelecer uma "razoável duração do processo" do que as próprias partes e quem fará a decisão?

2.5 A utilização da jurisdição estatal em apoio à arbitragem

A arbitragem é dotada de poder decisório (*decisum*) que, em certos pontos, é mais amplo que o da própria jurisdição estatal, porém a Lei não lhe deu o poder de impor suas decisões de forma coercitiva (*imperium*), e para isso é necessário recorrer à jurisdição estatal,

esta sim detentora da exclusividade do uso da força, da coercitividade e de todas as ferramentas necessárias para coagir alguém a algo de forma legal.

A execução forçada de uma sentença arbitral, por exemplo, permanece nas mãos do juiz togado, e somente dele, e, apesar de esperar-se que não haja a necessidade do uso dessa "força", visto a voluntariedade da parte em escolher a via arbitral, esta poderá vir a ser necessária.

Outro exemplo do estado juiz apoiando a arbitragem é no caso de não se chegar a um consenso sobre alguma regra, ou mesmo de todas, como, por exemplo, quando as partes contratam com uma cláusula arbitral vazia e não chegam a consenso algum sobre quem serão os árbitros, como será feita a arbitragem, prazos, enfim, tudo. Como só o Estado detém o direito de coagir alguém a algo restará a ele tomar essa decisão e impô-la.

Aqui é interessante ressaltar que tal possibilidade, presente no Art. 7º da LA pode vir a ser de importância extrema à arbitragem figurando o Estado como parte, foco deste trabalho, pois se o administrador tiver dificuldades em expressar a autonomia da vontade do Estado sem ferir a legalidade, e existir uma cláusula arbitral, que de plano exclui a possibilidade de a jurisdição estatal julgar a matéria, poderá esta jurisdição suprir essa carência e tecer o compromisso arbitral, e este sim, fundar as bases da arbitragem que decidirá a lide em sí.

O terceiro caso do Poder Judiciário participando da arbitragem é a garantia de execução de medidas cautelares. A LA não tece nenhuma restrição a medidas cautelares, e levando em consideração que as regras procedimentais da Arbitragem são de convenção praticamente livres, podem ser usadas. Como já dito, a Arbitragem sozinha não tem poder de *imperium*, logo restará ao poder jurisdicional estatal assegurar o cumprimento de qualquer medida cautelar imposta pelos Árbitros.

Todas essas possibilidades terão as regras de competência asseguradas pela legislação processual comum, e em regra serão as mesmas que valeriam caso o direito material fosse decidido pela jurisdição estatal, ou seja, o juízo que seria competente para julgar, originalmente, a lide. Tal previsão é de suma importância para o tema desse trabalho pois a legislação que baliza algumas formas de contratar do Estado preveem a eleição de foro, que na visão de alguns doutrinadores excluiria desde já a possibilidade de utilização da arbitragem, porém, na visão deste autor, a obrigatoriedade de eleição do foro da sede daquele

ente estatal pode se enquadrar justamente nesse ponto, onde é feita a decisão pela via arbitral, mas elege-se foro para dirimir lides decorrentes da via arbitral, seja na implementação da convenção de arbitragem, seja na execução da sentença e medidas cautelares.

3 PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública possui princípios gerais próprios, assim como qualquer ramo do conhecimento. Alguns deles são exclusivos, outros são emprestados de outras áreas do direito.

Eles são tão importantes que a própria Constituição Federal de 1988 expõe no início do Capítulo que versa sobre o assunto "Administração Pública" os principais princípios a serem obedecidos e seguidos com o seguinte texto, presente no caput do seu Artigo 37:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (BRASIL, 1988)

Na esfera infraconstitucional a Lei nº 2.784 de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, cita em seu Artigo 2º um rol que repete alguns já constantes na Constituição e acrescenta outros:

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência". (BRASIL, 1999)

O mesmo ocorre em nível Estadual. Mantendo a realidade local, na Constituição do Estado de Minas Gerais, em seu Art. 13º temos os seguinte:

“Art. 13 – A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e a de entidade descentralizada se sujeitarão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade” (MINAS GERAIS, 1989).

Por não ser o foco deste trabalho não tratarei de todos princípios em detalhes e à fundo, apenas aqueles mais importantes para o acompanhamento do presente trabalho, quais sejam a Legalidade, Publicidade e Eficiência, constantes na Constituição Federal além da Supremacia do Interesse Público, constantes na Lei 2.784/1999.

3.1 Princípio da Legalidade

Advindo do Estado de Direito, o princípio da legalidade se fundamenta na necessidade de proteger os direitos individuais de forma negativa, isto é, sendo um cerceador do poder soberano do Estado, sem o qual este incorreria em excessos. "É aqui que melhor se enquadra aquela idéia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei" (DI PIETRO, 2012, p.64).

Aqui permito-me copiar as sabias palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Instaura-se o princípio de todo poder emana do povo, de tal sorte que os cidadãos é que são proclamados como os detentores do poder. Os governantes nada mais são, pois, que representantes da sociedade. O Art. 1º, parágrafo único, da Constituição dispões que: "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Além disto, é a representação popular, o Legislativo, que deve, impessoalmente, definir na lei e na conformidade da Constituição os interesses públicos e os meios e modos de persegui-los, cabendo ao Executivo, cumprindo ditas leis, dar-lhes a concreção necessária. Por isto se diz, na conformidade da máxima oriunda do Direito inglês, que no Estado de Direito quer-se o governo das leis, e não dos homens; impera a *rule of law, not of men*.. (MELLO, 2003, p.91-92)

Se na relação entre particulares temos no inciso II do Art. 5ª da Constituição temos que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL, 1988), protegendo assim o princípio de autonomia da vontade, que expressa que o aquilo que não é defeso em lei é passível de acordo entre as partes, nas relações envolvendo o Estado temos que a Administração Pública só pode fazer o que a Lei permite.

> No Direito administrativo, esse princípio determina que a Administração Pública, em qualquer atividade, está estritamente vinculada à lei. Assim, se não houver previsão legal, nada pode ser feito. No princípio genérico, a pessoa pode fazer de tudo, exceto o que a lei proíbe. No princípio específico, a Administração Pública só pode fazer o que a lei autoriza, estando engessada, na ausência de tal previsão. Seus atos têm que estar sempre pautados na legislação. É a legislação quem estabelece como um juiz deve conduzir um processo ou proferir uma sentença; ou o trâmite de um projeto de lei no legislativo ou a fiscalização das contas presidenciais pelo TCU; ou as regras para aquisição de materiais de consumo pelas repartições. Tudo tem que estar normatizado, e cada um dos agentes públicos estará adstrito ao que a lei determina. (WIKIPÉDIA, 2013)

Para o presente trabalho tal princípio possui importância pois é um dos argumentos principais dos que são contra a aplicação da Arbitragem em litígios envolvendo o Estado em qualquer instância, pois para estes autores só o fato de não haver proibição na LA a essa aplicação não bastaria para liberar o Administrador para aplica-la aos casos práticos. Haveria necessidade de uma autorização expressa na lei ou em legislação diversa, lembrando sempre

que a legalidade não reside necessariamente na lei *estrito sensu* (leis ordinárias, complementares, etc) mas sim na *latu sensu*, que inclui normas infra legais como Decretos, por exemplo.

O que não poderia, aos olhos desse princípio, é o Administrador utilizar a LA por não existir proibição.

3.2 Princípio da Publicidade

Todo ato administrativo deve ser público, não havendo de se falar, em regra, de atos sigilosos do Estado. A exceção se faz apenas quando o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, ou seja, a exceção é rara.

Este princípio é norteado principalmente pelo inciso XXXIII do Art. 5º da Constituição Federal de 1988:

> Art. 5º (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (BRASIL, 1988)

Além deste inciso a publicidade reside no inciso LX, que diz que "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (BRASIL, 1988), ou seja, veda qualquer tentativa de restrição à publicidade dos atos administrativos, mesmo que originário de lei, a não ser nos excepcionais casos onde haja necessidade de defesa da intimidade ou também nos casos onde o sigilo seja imprescindível à defesa do interesse social.

> Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida. (MELLO, 2003, p.104)

Este princípio tem a sua importância para este trabalho por demonstrar que apesar de permitido pela LA, durante uma arbitragem a administração pública não poderá valer-se dessa possibilidade, pois incorrerá em inconstitucionalidade. Tal ponto é um dos poucos onde a questão jaz pacificada, uma vez que mesmo os defensores da aplicação da Arbitragem de forma irrestrita pela administração pública concordam que o uso dessa ferramenta da

arbitragem é impossível para a administração pública.

3.3 Princípio da Eficiência

Segundo Hely Lopes Meirelles (2003[3] *apud* DI PIETRO, 2012) a eficiência é um dever da Administração Pública, é aquilo que faz com que todo agente público realize suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional, sendo o mais moderno princípio da função administrativa.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012) o princípio da eficiência possui dois aspectos, o modo de atuação do agente público, de quem se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, e o modo de organizar, estruturar e disciplinar a administração pública, que também deve buscar os melhores resultados na prestação do serviço público

Tal princípio foi inserido na norma constitucional (em modificação ao Art. 37) pela reforma promovida pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.

Os doutrinadores como um todo, e especialmente autores mais antigos, como Celso Antônio Bandeira de Mello, viram esse princípio com um certo desdém, como se não fosse mais do que mero reforço da legalidade, que já estava na Constituição antes dessa reforma (MELLO, 2003).

Causou uma revolução na Administração Pública, pois foi marco que tornou possível aos gestores, e também ao povo, cobrar que a administração, além de seguir as leis, também fosse eficiente, ou seja, acabou o reinado da ineficiência Estatal, daquela visão caricata do funcionário público (e da administração como um todo). Vejam a visão de José dos Santos Carvalho Filho:

> A inclusão do princípio, que passou a ser expresso na Constituição, suscitou numerosas e acerbas críticas por parte de alguns estudiosos. Uma delas consiste na imprecisão do termo. Ou seja: quando se pode dizer que a atividade administrativa é eficiente ou não? Por outro lado, afirma-se ainda, de nada adianta a referência expressa na Constituição se não houver por parte da Administração a efetiva intenção de melhorar a gestão da coisa pública e dos interesses da sociedade. Com efeito, nenhm órgão público se tornará eficiente por ter sido a eficiência qualificada

---

[3] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 102.

> como princípio na constituição. O que precisa mudar, isto sim, é a mentalidade dos governantes; o que precisa haver é a busca dos reais interesses da coletividade e o afastamento dos interesses pessoais dos administradores públicos. Somente assim se poderá falar em eficiência. (CARVALHO FILHO, 2013, p.30)

Porém, a partir dessa Emenda Constitucional surgiram modificações profundas na gestão pública como um todo. Palavras como "metas" e "produtividade", tão comuns na iniciativa privada, começaram a fazer parte também da gestão pública, e os servidores e empregados públicos começaram a ser cobrados também por esses indicadores. E não tornou possível apenas à administração cobrar dos seus próprios servidores e empregados, mas também para o povo cobrar atitudes de eficiência por parte dessa administração e, assim como atitudes de melhora na própria gestão diária do Estado, o povo tem o direito de cobrar ações eficientes em todos os âmbitos, inclusive a solução de conflitos.

Com o advento deste princípio a nível Constitucional a partir da EC 19/98 um conflito jurídico que se arrasta por anos a fio, com demoras para os julgamentos e recursos infindáveis se tornou uma situação inconstitucional, e como exemplo podemos citar uma obra pública se deteriorando por uma pendência judicial infindável com uma empreiteira ou um contrato de prestação de serviços ou venda de produtos envolvendo uma empresa pública. E tornou-se dever dos administradores públicos procurarem forma eficientes para a solução desses conflitos, como, por exemplo, a Arbitragem.

3.4 Princípio do Interesse Público

"Este princípio está presente tanto no momento da **elaboração da lei** como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o **legislador** e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação" (DI PIETRO, 2012, p.65).

Como ensinado por esta importante autora, participante inclusive da Comissão que elaborou o Anteprojeto que culminou com a Lei 9.784/99, tal princípio possui duas fases, a primeira na elaboração da lei visando o interesse público e sua supremacia ante os direitos individuais.

Esta autora também cita que mesmo mesmo as normas de direito público que protegem o interesse particular estão, na verdade, defendendo o interesse público em algum ponto (DI PIETRO, 2012).

> A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por impropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas cura-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis"* (MELLO, 2003, p.69,).

E mantendo a visão de Bandeira de Mello é ressaltado que os administradores públicos não possuem disponibilidade sobre os interesses públicos, apenas sendo seus curadores, estando esta disponibilidade nas mãos do Estado, mais exatamente na égide do seu poder Legislativo e de outras pessoas políticas dentro de suas esferas de atuação. "A Administração e a pessoa administrativa (...) tem caráter instrumental" (DI PIETRO, 2012, p.67).

Dessa situação emana a idéia de que os poderes limitados dado ao administrador não são apenas poderes, mas sim poderes-deveres, pois o mesmo não pode se eximir de aplicar aquilo que lhe foi imposto, seja de forma ativa, deixando de fazer algo que deveria, seja positiva, fazendo algo que não lhe é permitido em lei, além, é claro, do poder fiscalizatório, usando seu poder de polícia para coibir que individuais exerçam seus direitos além dos limites que separam a liberdade individual do bem estar da coletividade. Tudo isso se apresenta como um claro cruzamento do interesse público com a legalidade vista anteriormente.

4 NOÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Existe uma diferenciação entre contratos da administração e contratos administrativos. O primeiro é usado para todo e qualquer contrato envolvendo entes públicos, sejam eles regidos pelo direito privado (a administração comprando algum produto, por exemplo) ou público (uma concessão de serviços públicos, por exemplo). Já o contrato administrativo são os celebrados no regime jurídico de direito público, com pessoas físicas, jurídicas, públicas ou privadas, com fins de alcançar objetivos públicos.

> Costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da **horizontalidade** e que, nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da **verticalidade.** (DI PIETRO, 2013, p.258)

Existe porém um problema. Os contratos envolvendo a Administração Pública geram uma divergência doutrinária extremamente problemática para o presente trabalho, pois parte acredita na existência da possibilidade de haver contratos sob o regime de direito privado e outra não, que só haveria o chamado contrato administrativo, e dentro desse "contrato administrativo" ainda temos uma segunda divergência com três correntes, qual sejam: (a) a que nega a existência de contrato administrativo por este não observar princípios básicos dos contratos como a igualdade entre as partes, autonomia da vontade e força obrigatória das convenções, tendo como base para isso a questão da supremacia do Estado em relação ao particular, uma possível inexistência de autonomia de vontade, já que do lado do Estado temos a legalidade, que restringe a autonomia do administrador, e do outro a aceitação das regras impostas unilateralmente pela Administração, e finalmente com relação ao *pacta sunt servanda* esta corrente ressalta que pela existência da mutabilidade unilateral do contrato não existiria respeito a esse pressuposto legal; (b) a que considera que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos (tese esta que eliminaria a primeira subdivisão entre os contratos de regime privado e público, existindo, para eles, apenas o segundo) pois sempre haverá influência do regime jurídico administrativo; (c) e finalmente a que afirma serem os contratos administrativos uma espécie do gênero contrato, pautado no regime jurídico de direito público (DI PIETRO, 2012).

> Das três correntes mencionadas, tem-se que para a primeira e a segunda (minoritárias), a Administração não poderia utilizar-se da

> arbitragem, em razão do regime jurídico de Direito Público e da natureza indisponível dos bens envolvidos.
>
> Já para a terceira corrente (majoritária), que admite a dicotomia entre contratos administrativos e contratos privados da Administração, a arbitragem é permitida, por existirem direitos disponíveis envolvidos na relação contratual." (FERREIRA NETTO, 2008, p.53)

Tal tema, caso fosse aprofundado, geraria por sí só trabalho de nível superior a esse, logo não vou me aprofundar me restringindo à visão que considero mais acertada que é a defendida pela administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

A primeira forma de defender essa tese é atacando sua principal antítese, que é a que os contratos administrativos não seriam contratos por não haver autonomia plena das partes, pois em geral tais contratos se limitarem a "repetir preceitos de lei" (DI PIETRO, 2012, p.262) e as outras partes se limitariam à aceitação daquela regra. Ora, se essa situação por sí só fosse impeditivo ao contrato administrativo ser visto como um contrato de fato por falta de autonomia de vontade o que poderíamos dizer de um contrato de adesão? A situação é a mesma. Um contrato prévio feito unilateralmente por uma parte onde a expressão da autonomia da vontade ocorre na aceitação da condição pré-definida.

Ao contrário dos atos de império, onde ocorre o Estado impõe uma obrigação sem haver possibilidade de questionamento, e que por vezes vem acompanhado da autorização para a auto execução daquela decisão, existem as situações onde há sim uma decisão prévia de como será feito, mas não há obrigatoriedade da parte aceitar, e essa situação se dá o nome de atos negociais, e incluem, por exemplo, a aceitação das condições em um concurso público, uma autorização, permissão, enfim, é necessário que a outra parte demonstre o interesse de aceitar aquilo da forma que está apresentado.

Nos contratos administrativos ocorre o mesmo. E "(...) o fato de a Administração estabelecer unilateralmente as condições do ajuste não lhe retira a natureza contratual. Enquanto não se produz o acordo de vontades, nenhum efeito resulta do ato unilateral da Administração" (DI PIETRO, 2012, p.263).

Obviamente existem ressalvas a essa autonomia da vontade pois o princípio do interesse público gera um poder-dever do Estado de gerar alterações unilaterais em prol do legítimo interesse público, porém é obrigatório que o equilíbrio econômico deste contrato continue a existir, e, mais uma vez atraindo um princípio genérico da Administração Pública,

sempre será necessário o respeito à legalidade e ao interesse público.

4.1 Características dos Contratos Administrativos

Di Pietro (2012) expõe oito características dos contratos administrativos:

1. presença da Administração Pública como Poder Público;
2. finalidade pública;
3. obediência a forma prescrita em lei;
4. procedimento legal;
5. natureza de contrato de adesão;
6. natureza *intuitu personae*;
7. presença de cláusulas exorbitantes;
8. mutabilidade.

Algumas delas são de extrema importância a este trabalho, outras, apesar de serem importantes ao tema dos contratos administrativos em sí, não o são para a possível aplicabilidade da Arbitragem.

4.1.1 A necessidade de forma prescrita em lei e do devido processo legal

Apesar de estarem separados na lista de características do contrato administrativo da maioria dos autores administrativistas, considero essas duas características inseparáveis, pois um é fruto do outro. Se é necessária a forma prevista em lei, e esta prevê um caminho a ser seguido (devido procedimento legal), caso o segundo não seja seguido incorrerá em desobediência ao primeiro.

A necessidade de forma prescrita em lei e do devido processo legal são frutos do princípio administrativo da legalidade. O Administrador Público nunca poderá fazer nada que não esteja devidamente previsto, e muito menos poderá fazê-lo sem que seja seguido os procedimentos formais desse processo, sob forma de uma rigidez formal ímpar, onde qualquer desvio ou atalhos

O embasamento legal para ambos está presentes tanto em nível constitucional, em artigos como o inciso XXI do Art. 37 ou Art. 175, quanto em infindáveis normas infra constitucionais, e em especial na Lei 8.666/93, que regulamenta o inciso XXI do Art. 37 citado anteriormente, atalhos tornarão o contrato ilegal, passível de questionamentos em âmbito administrativo e judicial, e devido a isso todo o processo costuma ser escrutinizado tanto por órgãos fiscalizadores quanto pelos "perdedores" dos processos licitatórios, por exemplo.

Tais princípios geram uma situação que é muito usada pelos autores que defendem a impossibilidade da Arbitragem ser usada no âmbito da administração pública, que é a falta de uma autorização por parte da lei, com exceção de algumas regulamentações.

4.1.2 A natureza de contrato de adesão

Por necessitarem de uma forma prescrita em lei, além de respeito irrestrito por parte do administrador a todo um arcabouço legal de restrições à discricionariedade administrativa, os contratos administrativos possuem características muito semelhantes aos contratos de adesão tipicamente estudados no Direito do Consumidor.

A própria Lei 8.666 deixa esta situação bem clara ao dizer o seguinte:

"Art. 40 (...)

§2º Constituem anexo do edital, dele fazendo parte integrante: (...)

III – A minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;"

Como o Edital é uma exigência até quando não há concorrência aberta, e este deve conter a minuta do contrato, e há uma vinculação insolúvel da contratação ao que está previsto no Edital o contrato presente se torna um Contrato de Adesão, onde a parte deve aceitar o mesmo da forma que está.

Tal situação gera um questionamento importantíssimo para o trabalho em desenvolvimento pois a própria LA exige um tratamento especial da cláusula arbitral nos contratos de adesão no §2º do Art. 4º, que diz o seguinte:

> § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula. (BRASIL, 1996)

4.2 Modalidades do Contrato Administrativo

> Dentre os contratos administrativos, sujeitos ao direito público, compreendem-se a **concessão** de serviço público, a obra pública, a de uso de bem público, a concessão patrocinada, a concessão administrativa (as últimas duas como formas de parcerias público-privadas), o contrato de **prestação** ou **locação de serviços**, o de **obra pública**, o de **fornecimento**, o de **empréstimo público**, o de **função pública** (DI PIETRO, 2012, p.295)

Não cabe a este trabalho o aprofundamento, pois existem subdivisões de correntes tão amplas neste assunto que apenas o subcapítulo do livro da autora citada acima ocupa quase a extensão desse trabalho, farei, então, um apanhado mais superficial sobre os modelos de Contratos Administrativos mais comumente usados.

A concessão de serviço público, positivada na Lei 8.987/95, é a concessão na acepção comum da palavra, é a concessão de um serviço público à uma empresa (seja ela pública ou privada), a fim de que esta preste um serviço à população e tenha como contra prestação as tarifas da própria exploração do serviço. A exploração desse serviço é feita no próprio nome da empresa concessionária e por sua conta e risco. Como todo contrato administrativo as concessões públicas regidas pela Lei 8.987/95 possuem cláusulas exorbitantes que permitem a modificação ou rescisão unilateral pelo concedente, além de prever que este fiscalize a execução e aplique penalidades, além de outras "exclusividades" dadas ao Estado nos contratos dos quais faz parte.

No caso da concessão patrocinada e da concessão administrativa é a Lei 11.079/94 que institui as mesmas sob a forma de parceria público-privada. Na primeira temos uma concessionária que prestará o serviço e será remunerado pela soma das tarifas pagas pelos usuários, além de uma contraprestação feita pelo concedente. Já na segunda a situação é diversa, pois o serviço a ser prestado é de uso da Administração Pública, seja esse uso direto ou indireto. Por consequência a remuneração da concessionária é feita exclusivamente pelo parceiro público.

A concessão de obra pública, por sua vez, pode ser regida tanto pela Lei 8.987/95

quanto pela 11.079/04, e o próprio nome já deixa claro sua função, que é uma empresa receber o direito de execução de uma obra que teoricamente deveria ser feita pelo Estado, e dependendo do regime legal do contrato a contraprestação poderá ser exclusiva do Estado ou compartilhada entre o Estado e os usuários daquela obra.

Já a concessão de uso de bem público está amparado por uma legislação esparsa, logo necessitaria de mais aprofundamento, mas basicamente é o uso do bem público por um terceiro, "para que este o explore nos prazos e condições regulamentares e contratuais" (DI PIETRO, 2012).

5 ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

5.1 Ideias contrárias à arbitrabilidade no âmbito do poder público

Os principais argumentos usados por doutrinadores contra a arbitragem no âmbito da Administração Pública fazem correlação com princípios gerais do Direito Administrativo. Utilizando-se dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, tais autores afirmam que por a Administração Pública servir ao interesse público não poderia-se levar litígios que envolvam estes entes à arbitragem. Pois estes interesses em disputa seriam sempre públicos.

O mesmo ocorre com a situação onde as cláusulas compromissórias são alegadas como inválidas por irem contra o princípio da legalidade (AMARAL, 2012).

Porém em termos gerais os argumentos contrários às causas da Administração Pública não serem dotados de arbitrabilidade são a inconstitucionalidade da situação em sí e uma referida ofensa ao interesse público. Situações estas que serão abordadas mais profundamente a seguir.

5.1.1 Inconstitucionalidade

A constitucionalidade da arbitragem em si já foi um ponto debatido pelos estudiosos do direito contrários à sua aplicação. Haviam questionamentos dessa lei ir contra vários dispositivos constitucionais, como os constantes em incisos do Art. 5º da CF/88, como, por exemplo, o XXXV, que veda a exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito; o XXXVII, que veda o juízo ou tribunal de exceção; e o LVI, que protege o devido processo legal, ao tornar irrecorrível a Sentença Arbitral, além de impossibilitar de o Judiciário analisar o mérito quando hajam as partes declarado a via arbitral como o caminho a ser seguido por qualquer das formas previstas.

Em 2001, porém, o STF colocou uma pedra sobre o assunto ao julgar o Agravo Regimental 5.206-7, onde declarou, por maioria dos votos, a constitucionalidade da Lei da Arbitragem, e em especial ao parágrafo único do artigo 6º e ao artigo 7ª.

"Diante disso, as opiniões divergentes restaram superadas, bem como tantas outras investiduras daqueles que, não vendo o Instituto da Arbitragem com bons olhos, insurgiram-se contra a constitucionalidade da Lei 9.307/1996" (FERREIRA NETTO, 2008, p.23).

Há ainda estudos anteriores a esse, em especial o "Caso Lage", porém apesar de ser interessantes como leitura do Instituto da Arbitragem em sí, foge ao escopo desse trabalho por não ser uma situação que possuía a égide da lei 9.307/96.

Existe, porém, uma corrente que considera existir um óbice constitucional à arbitrabilidade de qualquer assunto onde uma das partes seja o Poder Público. Bandeira de Mello, por exemplo, considera que os contratos de concessão (comuns) e os de parcerias público-privadas somente tratam de interesses públicos indisponíveis, o que tiraria, com essa indisponibilidade, a arbitrabilidade objetiva da lide em questão (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 716, 789, *apud* AMARAL, 2012, p.57).

Porém sigo a mesma corrente de Di Pietro, que defende a existência de contratos que possuam o caráter de disponibilidade, pois a pesar de serem questões que sejam, em boa parte das situações, imprescindíveis à sociedade, isto não impede que tenham caráter patrimonial, mensurável no ponto de vista econômico e com possibilidade de serem negociados pelo Estado.

E como já pontua Amaral:

> Se o direito é disponível e patrimonialmente aferível, ele estará contido na esfera contratual do Estado. Com isso, não haverá qualquer impeditivo a que a administração pactue uma convenção arbitral para dirimir um conflito acerca de interesse disponível e com conteúdo patrimonial. (AMARAL, 2012, p. 57)

O mesmo autor faz ainda um comparativo com a possibilidade, já prevista em leis que versam sobre este assunto, da possibilidade de se resolver litígios no âmbito extrajudicial, possibilidade esta que em sua visão reforçaria a "possibilidade de submissão desse mesmo litígio à via arbitral" (AMARAL, 2012).

Além dessa análise de âmbito doutrinário ainda temos situações legislativas que provam que esta visão genérica de inconstitucionalidade está mais do que vencida, como, por exemplo, a existências de Leis que versam diretamente sobre a arbitragem, prevendo-a expressamente ou de forma genérica ao apontar os Meios Alternativos de Solução de Conflitos como uma possibilidade jurídica com previsão em Lei.

Como exemplo podemos citar a Lei 11.079/2004, que trata das Parcerias Público Privadas, que em seu Art. 11 diz o seguinte:

> Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:
>
> I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;
>
> II – (VETADO)
>
> III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, **inclusive a arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. (BRASIL, 1994, grifo nosso)

Vemos que não há mais que se falar em inconstitucionalidade, estando essa visão fadada a ser minoritária.

5.1.2 Ofensa ao interesse público

Uma segunda corrente contrária versa sobre haver uma ofensa ao interesse público ao levar à arbitragem os litígios envolvendo a Administração Pública. Aqui mais uma vez temos uma situação que está atrelada à visão que nega a existência de contratos administrativos como uma forma de contrato, mas sim uma situação jurídica totalmente diversa.

Porém ao analisarmos a situação nos deparamos com uma visão parcial por parte desses autores.

Dizem eles que as lides envolvendo o Estado estariam sempre tratando do interesse público, e, por consequência, e em respeito ao princípio da supremacia do interesse público, não caberia utilizar-se de meios alternativos. Porém esquecem esses autores que o próprio interesses público tem duas nuances, a primeira, que Paulo Ostenack Amaral chama de interesse público primário, é aquele que o Administrador deve sempre buscar, é o interesse do coletivo. Já a segunda nuance seria o interesse público como um interesse genérico, interesse este que qualquer pessoa possui direito a assegurar, e a esses interesses o mesmo autor dá o nome de interesse “secundário”.

E aí entram alguns contratos administrativos importantes: como ficaria, na visão desses autores, de uma disposição patrimonial visando um bem maior, ou seja, a busca pelo interesse público levando a Administração Pública a vender bens imóveis? Tal visão entra em constradição, pois se houvesse apenas uma situação absoluta de interesse público a administração não poderia utilizar do seu poder discricionário para vender bens para buscar o bem maior que é o interesse do povo.

A própria Lei prevê essa repartição do interesse público, ao permitir expressamente a aplicação do poder discricionário de escolher a melhor forma de solução de conflitos, inclusive possibilitando, em certos casos, a lide ser resolvida extrajudicialmente.

5.2 Ideias favoráveis à arbitrabilidade no âmbito do poder público

Da mesma forma que a doutrina possui os que vão totalmente contra a arbitrabilidade dos litígios envolvendo o Estado, defendendo, principalmente, a indisponibilidade dos direitos tutelados pelo Estado, existem também os que vão em sentido totalmente opostos, como Carlos Alberto de Salles, que defende que a própria Lei de Arbitragem é a Lei Autorizativa genérica à aplicação da Arbitragem (SALLES, 2011).

Segundo ele, “embora não se possa extrair da Lei 9.307/96 um permissivo de arbitragem dirigido ao Poder Público, sua aplicação em matéria de contratos administrativos é plenamente viável” (SALLES, 2011, p. 239).

Da mesma forma “Caio Tácito reputa cabível a arbitragem envolvendo o Poder Público quando a controvérsia gire em torno de ‘obrigação de conteúdo mercantil’ – que deveria ser cumprida espontaneamente pelo ente da Administração – o que comprova que ela poderia também ser resolvida amigavelmente (AMARAL, 2012).

E ainda temos Selma Maria Ferreira Lemes, que entende ser possível “a utilização da via arbitral para solucionar litígios que digam respeito às repercussões patrimoniais de contratos administrativos” (AMARAL, 2012, p. 65), concluindo a autora que com fins de obter-se economia do custo de transação e diminuição do custo do contrato administrativo deve-se considerar a eleição da arbitragem nos contratos administrativos, além de efetivamente regular este instituto.

Sobre o argumento da indisponibilidade total do interesse público nos contratos administrativos, temos duas leis como contra ponto, a primeira é a Lei 8.987/95, que versa sobre os contratos de concessão, e outra é a Lei 11.079/04, que fala sobre as parcerias público-privadas. Em ambas há dispositivos que autorizam expressamente o uso da arbitragem, sendo que na primeira tal dispositivo foi adicionado pela Lei 11.196/2005, ou seja, posteriores à Lei da Arbitragem e à declaração de Constitucionalidade pelo STF em 2001.

Gustavo Henrique Justino de Oliveira, citado por Amaral, coloca que em sua visão existem três pré-requisitos para que a Lei de Arbitragem se adeque aos contratos envolvendo a Administração Pública. O primeiro é a previsão explícita da arbitragem no edital de licitação, a segunda e a terceira serão estudadas mais adiantes e são a impossibilidade do uso critério da equidade e a publicidade da arbitragem (AMARAL, 2012)

5.3 A admissibilidade contida

Uma corrente que tem se mostrado muito forte atualmente é a de haver sim a possibilidade, porém sempre com previsão legal expressa.

Aos olhos dos defensores dessa corrente, como, por exemplo Luiz Roberto Barroso, não seria apenas a Lei da Arbitragem que garantiria a legalidade necessárias à escolha da Arbitragem como meio de solução de litígios, mas também previsões expressas como a feita na Lei das Parcerias Público-Privadas, ou ainda normas gerais como a Lei nº 19.447/2011 do Estado de Minas Gerais.

Apesar de inicialmente ser adepto da corrente de que não haveria necessidade de Lei autorizativa, ao aprofundar o estudo do tema percebi que o Administrador realmente teria dificuldades de aplicar a arbitragem sem incorrer em ilegalidade na ausência de Lei Autorizativa.

A Lei Estadual citada anteriormente é um exemplo de como o balizamento torna mais fácil e seguro a aplicação da Arbitragem pelo Administrador Público, e não só para ele, como também para quem está contratando, já que apesar da Lei da Arbitragem defender uma proteção quase incondicional à autonomia da vontade, uma previsão legal prévia já

demonstrar os limites a que o Administrador Público estará vinculado, havendo assim a limitação do poder discricionário de escolha desse Administrador.

5.3.1 Visão do TCU

O Tribunal de Contas da União, apesar de não ser parte do Poder Judiciário, possui uma importância ímpar na análise da arbitrabilidade das lides que envolvam a Administração Pública. Pois "suas decisões, como as judiciais, são relativas a casos ou situações concretas, muito embora, em algumas situações, (...) possa decidir em bases mais genéricas" (SALLES, 2011, p. 222).

No passado a Corte de Contas teve uma visão totalmente contrária à aplicação da Arbitragem, porém este trabalho visa a análise da arbitrabilidade das lides envolvendo a Administração Pública à luz da atual Lei da Arbitragem, e em especial após a declaração de constitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal em 2001.

Utilizando esse limite temporal a posição deste Tribunal não sofreu muitas variações, saindo de uma impossibilidade plena e estacionando na situação de admissibilidade contida estuda acima.

Culminando com o Acórdão nº 1.271/2005, que possuía como relator o auditor Marcos Bemquerer e decidido pelo pleno deste Tribunal de Contas, a visão evoluiu para haver sim uma admissibilidade, porém contida, limitada àquelas situações onde há expressa previsão de poder haver a solução dos conflitos por via arbitral, como, por exemplo, nas parcerias público privadas, ou em contratos de concessão de energia elétrica por fornecedores independentes.

Tal situação pode ser demonstrada pela edição da Instrução Normativa nº 52 do TCU, que em seu Art. 10º, inciso III, onde o TCU reforça a previsão constante na Lei das Parcerias Público-Privadas sobre a necessidade de manter arquivado as situações de previsão do "emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato" (TCU, 2007).

Fica claro que a visão deste Tribunal, apesar de não ser clara se analisarmos as decisões antigas, fica evidente ao utilizarmos apenas os julgados sob a égide da atual Lei de Arbitragem, onde há aceitação da arbitragem se e somente se houver prévia autorização

expressa pela Lei.

Interessante pontuar aqui que a Lei 19.447/2011 de Minas Geais resolveu, em âmbito estadual, esse problema, expondo não só as regras da arbitrabilidade ou não dos litígios envolvendo o Estado mas também balizando a operacionalização dessa aplicação, com limites claros à disposição do Administrador Público e dos que contratam com os entes estatais mineiros.

5.4 Formação da convenção arbitral na Administração Pública

Superado o questionamento da arbitrabilidade das lides envolvendo a Administração Pública chega-se a mais uma fase que ainda sucinta dúvidas quanto à aplicação prática deste instituto. É o "como" fazer.

A Arbitragem, como já estudado, é o reinado da consensualidade, é a situação onde mais se fortalece e mais se necessita de que as partes concordem que sim, possuem uma lide a ser resolvida. Porém concordam que a melhor forma de solução é entregar a questão a alguém que ambos confiem, seja isento e capaz de resolve-la.

Quando falamos em pessoas físicas ou jurídicas de direito privado a situação é simples: se concordamos, ok, regula-se a arbitragem por meio da convenção de arbitragem, se discordamos de como instituir a arbitragem, mas temos uma cláusula arbitral vazia no contrato a solução cabe ao judiciário, que, não custa lembrar, nunca poderá entrar no mérito da questão.

Porém ao inserirmos o Estado a situação complica um pouco. Como será a operacionalização da autonomia da vontade por parte do Estado. Será reflexo da autonomia do Administrador (discricionariedade plena)? E o equilíbrio? Será imposto a vontade do Estado, como em alguns tipos de contratos? Ou será o contrário, com o Estado aceitando aquilo que é escolhido pelo particular? A resposta não é fácil, e passa por nuances complexas, agravadas pela falta de uma regulamentação federal sobre o assunto.

Minas Gerais inovou, ao criar uma Lei Estadual (nº 19.477) sobre a arbitragem, criando regras claras sobre a operacionalização desse instituto, definindo desde a forma da

arbitragem (institucional e de direito), até certos limitadores à escolha da instituição, passando pela fonte de recursos para o pagamento de honorários, regras para escolha de árbitro, e sua suspeição, previsão para arbitragem internacional, entre outras. Lei esta que possibilita ao Administrador ter uma certa liberdade discricionária de escolha, porém sem ferir princípios constitucionais como o da legalidade.

Em âmbito federal isso ainda não ocorreu. Mesmo Leis que preveem explicitamente a arbitragem como forma de solução de conflitos, como a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004) não deixaram clara a forma de sua operacionalização, situação essa que criou discussões doutrinárias sem fim e, como consequência, levaram a um afastamento do Administrador Público desse instituto.

5.4.1 A instituição da arbitragem

A formação da convenção arbitral passa por algumas fases. A primeira é a escolha do(s) árbitro(s), a segunda a forma como se dará a arbitragem, seja institucional, seja *ad hoc*, caso seja *ad hoc* temos ainda escolhas suplementares como de direito ou de equidade, local, que lei seguir caso seja de direito, limites, enfim, praticamente tudo, como já foi dito nos capítulos introdutórios.

Quando uma das partes é o Estado a situação é um pouco diferente. Existem limites advindos do direito administrativo que cercearão parte dessa autonomia. A doutrina é pacífica que havendo a arbitragem ela deverá ser pública, de direito, utilizando a legislação pátria, e em português.

Aqui mais uma vez o vazio da lei dificulta a aplicação prática da Arbitragem com o Estado como uma das partes. Ao contrário da Lei Estadual Mineira, que impõe que a arbitragem seja instituída "exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional" (MINAS GERAIS, 2011), não há impedimento na Lei Federal da Arbitragem à arbitragem *ad hoc*, logo apresenta-se essa escolha como uma escolha discricionária do administrador público. Porém isso gera mais problemas que soluções. A discricionariedade na escolha sem um embasamento legal balizando tais escolhas geram um risco tão grande de o Administrador ser responsabilizado que pouco se vê esse instituto sendo aplicado.

Há, ainda, que se analisar a inexigibilidade de licitação para a contratação do árbitro ou da câmara arbitral. A escolha do árbitro se dá claramente com objetivo de se contratar pessoas com notória especialização no assunto, aptas a conceder a sua decisão de forma isenta, e em análise ao artigo 25, inciso II da Lei 8.666/93 podemos observar que esta situação caiu como uma luva no texto legal. Sobra apenas a definição de "notória especialização", que no âmbito privado se dá facilmente, porém se torna bem mais complexa quando estamos tratando de direito administrativo.

5.4.2 A escolha do(s) árbitro(s)

Existem dois problemas que se apresentam logo ao iniciar o processo de escolha dos árbitros. O primeiro é como não deixar que seja deturpada a expressão da vontade do Estado ao ser feita por um agente público. O segundo é quanto ao pagamento das despesas e honorários arbitrais (SALLES, 2011)

Sendo silente a Lei da Arbitragem, a escolha dos árbitros ou da câmara arbitral se insere no rol da discricionariedade do Administrador. "Traduz hipótese em que a Administração, valendo-se de sua autonomia contratual, ponderará concretamente acerca de qual opção será mais adequada para a satisfação dos interesses envolvidos no caso concreto" (AMARAL, 2012, p.75). Somando essa discricionariedade à inexigibilidade de licitação, temos que realmente cabe ao Administrador expressar a vontade do Estado.

A Lei Mineira da Arbitragem mais uma vez ajudou muito na solução desse problema, estabelecendo em seu Art. 10 regras para a escolha da câmara arbitral, quais sejam o tempo mínimo de existência de três anos, o regular funcionamento como instituição arbitral, vínculo com instituição fundadora, associada ou mantenedora de interesse coletivo, reconhecida idoneidade, competência e experiência em procedimentos arbitrais. Porém o claro legal de âmbito federal, somado ao princípio da legalidade, não torna essa escolha fácil, com um eterno receio dos administradores em romper com o princípio da legalidade.

O árbitro deve ser neutro, mantendo uma equidistância em relação às duas partes de forma a manter sua imparcialidade e independência, logo, em regra, não podemos imaginar o Administrador indicando como árbitro um funcionário público ou empregado público, seja dos quadros do órgão que está instituindo a arbitragem, seja de outros órgãos, pois a relação

hierárquica destes com a Administração em si poderia retirar a neutralidade e independência de que necessitam os árbitros no curso do procedimento arbitral. Porém, como expressão da autonomia da vontade, se tal indicação ocorrer e a outra parte não impor objeção, aceitando a indicação por parte do Administrador Público de um árbitro ou junta de árbitros com ligações com algum órgão Estatal, este estará expressamente demonstrando confiança na isenção e imparcialidade daquele julgador, e a solução estará claramente dada, não havendo mais que se falar em impedimento ou suspeição (AMARAL, 2012).

Porém caso a parte contrária aceite aquela indicação mas o próprio árbitro perceber situações que denotem dúvida justificada quanto a sua independência e imparcialidade, características essas necessárias ao correto arbitramento da causa em questão, ele é obrigado a informar estes fatos antes da aceitação, nos termos do §1º do Art. 13 da Lei da Arbitragem.

É interessante também que a arbitragem no âmbito da administração pública se volte a uma pluralidade de árbitros, "não apenas para facilitar o consenso, como, também, para proporcionar uma adequada participação do particular contratado nessa escolha" (SALLES, 2011). A definição de parâmetros para a escolha, como a feita pela Lei Mineira da Arbitragem, minimiza ainda mais situações indesejadas, sejam elas do campo criminal, com opções regidas pela má fé do administrador, sejam por simples problemas na exteriorização dessa escolha, já que o Administrador não estará escolhendo para si, mas sim sendo apenas o meio pelo qual o Estado expressa sua vontade.

Tal situação é o exemplo mais prático do real motivo de uma regulamentação bem definida para a Arbitragem envolvendo o Estado. Pois se não é essa regulamentação obrigatória, no termo da lei, nem na interpretação de uma parcela da doutrina, geraria a mesma uma segurança jurídica muito maior, seja para a parte oposta da lide que está se levando à arbitragem, seja para o próprio administrador.

5.4.3 Contratação e honorários do(s) árbitro(s) e outras despesas arbitrais

Como dito anteriormente, a contratação de árbitros ou árbitro ou instituição arbitral não depende de prévia licitação, por se enquadrar no rol de inexigibilidade, dada a completa inviabilidade prática dessa modalidade de contratação, e a existência da necessidade de existir uma notória especialização por parte do árbitro, árbitros ou câmara arbitral, situação que cai

como uma luva no texto do inciso II do Art. 25 da Lei 8.666/93 concomitante com o §1º do mesmo artigo.

A fixação dos valores, como bem dito por Carlos Alberto de Salles, também não possui dificuldades, visto que "a remuneração dos árbitros, em geral, está sujeita aos parâmetros fixados pelas instituições arbitrais indicadas pelas partes para realização da arbitragem" (SALLES, 2011), não se tratando, assim, de valores estipulados unilateralmente pelo profissional.

Mesmo no caso de arbitragem *ad hoc*, a existência de tabelas por entidades especializadas permite que se faça a adequação dos valores a serem pagos aos árbitros, seja de maneira direta ou indireta, às tabelas dessas entidades, não sendo dificultoso à Administração verificar os valores praticados no mercado de forma que não haja desperdício do dinheiro público, desvios, e, no oposto, que o valor seja baixo o suficiente para ocasionar que a nomeação não seja aceita pelo árbitro (SALLES, 2011).

Por ser o árbitro uma pessoa de direito privado, além do próprio mecanismo da arbitragem, não podemos esperar que haja uma isenção de despesas assim como há nos processos judiciais. "Assim, quando for o caso, o Estado, em igualdade de condições com o particular, deverá antecipar ou pagar as despesas relativas à arbitragem (SALLES, 2011, 280).

O último ponto a ser analisado é a efetivação desses pagamentos. Há a necessidade de dotação orçamentária previa, mesmo que de forma genérica, e tal dotação pode ser feita dentro do próprio contrato, ou ainda dentro da previsão de dotação orçamentária da própria entidade pública que fará uso da arbitragem, pois, assim como feito nas perícias, onde há necessidade do depósito prévio dos honorários periciais (Súmula 232 do STJ), poderá haver dotação orçamentária prévia para os honorários arbitrais.

5.4.4 A impossibilidade do uso de certas ferramentas arbitrais

Algumas ferramentas da arbitragem que são citadas como os motivos de ser desse instituto não poderão ser usadas quando a arbitragem envolva entes Estatais.

Um desses chamarizes é a possibilidade de a arbitragem correr em sigilo, situação que

possui muitas vantagens para algumas pessoas, em especial empresas que poderiam ter segredos industriais revelados em um processo correndo no Poder Judiciário, onde o sigilo é a exceção.

Quando falamos do mesmo instituto, porém envolvendo a administração pública, a situação muda um pouco. Por princípios constitucionais, em especial a publicidade, não poderá essa arbitragem correr em sigilo. A publicidade, como diria Carlos Alberto de Salles, é "um dos princípios centrais da atividade administrativa contemporânea. Ela é a propulsora da *transparência* dos atos da administração e fator indispensável para se garantir a *responsividade* dos agentes públicos" (SALLES, 2011, p.284).

"Não há dúvida, no entanto, em relação à inaplicabilidade do preceito constitucional da publicidade aos casos que envolvam contratos sigilosos, cuja divulgação do conteúdo das informações poderia acarretar risco à segurança da sociedade e do Estado (Lei nº8.159/91 e Decreto nº4.553/02)" (AMARAL, 2012, p.83). No entanto essa possibilidade exposta de uso de arbitragem sigilosa estará sempre ligada ao grau de liberdade constitucional, ou seja, seria necessário que essa situação se encaixasse em algum dos casos em que a própria Constituição Federal permite o sigilo, ou seja, somente nos casos em que o "sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado" (BRASIL, 1988).

Outra limitação à arbitrabilidade das lides envolvendo o Estado é a forma de julgamento. Mais uma vez sob a égide de princípios constitucionais, será impossível utilizar-se a Administração Pública da Arbitragem por Equidade. Deverá sempre ser seguido o princípio da legalidade, que, no caso em análise, será a utilização da arbitragem legal.

Essa exclusão diz respeito ao princípio da legalidade. Se o Administrador Público pode fazer apenas aquilo que está previsto na Lei, gerando até certa argumentação sobre a aplicabilidade da Arbitragem em si, impossível admitir que ao se balizar um compromisso arbitral o Administrador possa escolher a arbitragem por equidade. Tal situação fugiria totalmente dos poderes discricionários dele, pois aí sim, ocorreria a disponibilidade de algo indisponível, que é a Lei.

É possível apenas vislumbrar uma exceção a essa regra em arbitragens internacionais, mas mesmo assim o que se espera é que haja respeito às normas e tratados internacionais que tenham eficácia no ordenamento jurídico nacional.

5.5 A Lei 19.447/11 de Minas Gerais (Lei Mineira da Arbitragem)

Como já dito anteriormente, a carência de regulamentação da aplicação da Arbitragem no âmbito da Administração Pública é a lacuna legislativa que vem gerando muitas discussões doutrinárias que muito enfraquecem a aplicação desse importante instituto nos contratos administrativos.

Com vias de solucionar isso, ao menos em âmbito estadual, a Assembleia Legislativa aprovou e o atual governador Antônio Anastasia promulgou a Lei Estadual 19.477, de 12 de janeiro de 2011. Assim como a própria Lei de Arbitragem, a Lei de Arbitragem Mineira é enxuta, e se restringiu a regulamentar a aplicação da arbitragem na administração pública estadual, sanando várias lacunas legais que ainda hoje são objetos de questionamento nessa modalidade de arbitragem em âmbito federal, ou mesmo de outros Estados da Federação.

O primeiro ponto que a lei tocou foi a restrição da arbitragem à arbitragem institucional, e esta situação foi ainda mais restrita com exigências acerca dos árbitros em si, além da própria instituição.

O árbitro, por exemplo, além de pré-requisitos já presentes expressamente ou implicitamente na Lei 9.307/96, como ser maior, capaz, e deter conhecimento técnico compatível com a natureza do contrato, foi restrito aos brasileiros, nem relações com as partes ou litígio dentro das regras de suspeição de Juízes do Código Civil. Além dessas restrições pessoais, ainda há a restrição do mesmo ser membro de uma câmara arbitral inscrita no Cadastro Geral de Fornecedores de Serviços do Estado.

Já a câmara arbitral, além de observar essa restrição de estar inscrita no Cadastro Geral de Fornecedores, deve estar em regular funcionamento como instituição arbitral, ser idônea, competente e experiente em procedimentos arbitrais, além de possuir como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse público.

Há ainda, na Lei Mineira de Arbitragem a previsão expressa de somente ser possível a arbitragem de direito, que apesar de ser uma aplicação lógica do princípio da legalidade, ajuda impossibilitar qualquer questionamento acerca da possibilidade de se instituir arbitragens por equidade, vetando essa modalidade de maneira inequívoca.

Para completar há a previsão orçamentária, prevendo a previsão no edital de licitação

de obra e no contrato público “a previsão das despesas com arbitragem, taxa de administração da instituição arbitral, honorários de árbitros e peritos e outros custos administrativos” (MINAS GERAIS, 2011). Complementando o assunto prevê essa lei que essas despesas serão adiantadas pelo contratado no momento da instauração do procedimento arbitral.

Como visto, a Lei Mineira de Arbitragem nada mais fez do que regulamentar esse instituto no âmbito da Administração Pública, e fez isso de maneira eficiente, assim como fez a Lei de Arbitragem ao recriar esse instituto no Brasil.

6 CONCLUSÃO

A arbitragem sem dúvida é uma das formas alternativas de resolução de conflitos mais eficientes que existem, pois, sem desmerecer as demais formas alternativas, é aquela que mais dá garantias de solução rápida e com segurança jurídica, enfim, a sensação de que a lide chegou a um fim de fato.

Ao garantir e exigir a ampla autonomia da vontade em consenso entre as partes (exigindo em contrapartida apenas que se use o instituto apenas com aquilo que livremente poderia se dispor) e impor obediência ao que foi acordado na cláusula arbitral ou compromisso arbitral (que normalmente são lavrados antes de existir a lide, logo enquanto há uma relação pacífica entre as partes), gera-se ao final uma decisão com força de sentença e caráter irrecorrível, que jamais poderá ser apreciada novamente pelo judiciário. A arbitragem torna-se, então, um aliado inconteste da justiça pois em teoria acaba com aquilo que comumente se chama *jus esperniandi*.

Ao olhar deste autor não há ninguém mais apto a julgar um litígio entre duas pessoas capazes do que aquele em que foi depositada a confiança de ambas as partes. Tendo essas partes restringido a decisão a limites, restrições e regras que também foram alcançadas em comum acordo.

Porém, tudo que envolve o direito administrativo é carregado de nuances ímpares, com questionamentos e discussões válidas e outras que mais parecem uma vontade imensa de deixar uma marca por parte do doutrinador que a defende, vontade de se tornar imortal numa ideia inovadora, mas que criam situações de dúvida por parte do administrador sobre a legalidade dos seus atos que em teoria não deveriam existir, levando-se sempre em conta a boa fé.. E por isso no âmbito do direito administrativo mais vale uma lei bem escrita que restrinja as ações do que uma lei aberta a interpretações livres.

Muito se discute sobre a necessidade de leis autorizativas, muitas leis foram escritas com base nesses questionamentos, autorizando expressamente o uso da arbitragem em certas situações, onde o mais claro exemplo se mostra a Lei da Parcerias Público-Privadas, a nova "menina dos olhos" da Administração Pública. No entanto todos esses estudiosos, muitas vezes procurando problemas em detalhes e tecnicismos que poderiam ser facilmente solucionados esqueceram, ou não perceberam, que o maior problema à aplicação plena da

arbitragem nas lides envolvendo entes Estatais é a **regulamentação** dessa aplicação.

Minas Gerais se mostrou na vanguarda ao criar uma Lei Estadual que trata exatamente disso, da operacionalização, dos limites à aplicação do poder discricionário pelo Administrador Público, que, tendo um conjunto de regras claras, consegue se expressar como a voz do Estado de forma segura, tanto para ele, que corre o risco de responder pelos seus atos, quanto para a sociedade ou mesmo o judiciário, que possui parâmetros para analisar a correição das atitudes desse Administrador, aplicando-se dessa forma o pleno Estado Democrático de Direito, onde o povo (através dos seus representante) criou as regras a serem seguidas pelos Administradores, enfim, aplicação direta do princípio da legalidade, como estudado nos capítulos introdutórios.

Ao iniciar esse trabalho acreditava que a Lei da Arbitragem por si só era suficiente, e que a doutrina que discutia necessidades de leis autorizativas estavam na categoria que descrevi acima, daqueles que no afã de se inserir no rol dos doutrinadores históricos, sempre inovadores, procuram problemas em tudo ao invés de tentar achar soluções no que já está apresentado. Continuo acreditando nisso, que as leis autorizativas que se restringem apenas a isso (autorizar a aplicação da arbitragem) não são condições *sine qua non* à arbitrabilidade das lides envolvendo o Estado.

Porém durante os estudos mudei minha concepção em um ponto. Passei a acreditar na necessidade de uma legislação acerca do "como", de regulamentação, da criação de limites que estabeleçam o equilíbrio entre a discricionariedade do administrador e da legalidade na qual ele tem que basear todas as suas decisões. Lei ou Leis que coloquem fim a discussões doutrinárias que nunca levarão a lugar nenhum por trabalharem puramente com divergências de interpretação, e que, geralmente, não são seguidas pelos Tribunais de Contas, por exemplo, a quem efetivamente os administradores precisam explicar suas ações quando questionadas, e, nesse processo, garantam àqueles que operam como porta vozes do Estado a segurança de optarem pela arbitragem sem receio de que visões divididas acerca da arbitrabilidade o façam responder administrativamente ou mesmo penalmente, mesmo tendo agido de boa-fé.

Como dito na introdução a arbitrabilidade das lides envolvendo o Estado não eliminará o problema de sobrecarga de trabalho do judiciário, nem resolverá todos os problemas da Administração Pública com a demora em certos conflitos chegarem ao ponto de estarem em situações irrecorríveis. Porém na situação atual o desvio das lides arbitráveis já seria um

grande avanço em busca da eficiência na administração pública.

O interessante é que a situação de necessidade urgente de uma regulamentação a nível federal estava tão latente que na data do fechamento dessa conclusão (30/09/2013) há a expectativa da entrega nos próximos dias de um Anteprojeto de Lei sobre a arbitragem, com origem no Requerimento 702 de 2012. Tal anteprojeto visa exatamente regulamentar de forma mais eficiente a aplicação desse instituto na Administração Pública, assim como de outros institutos de solução alternativa de conflitos.

Não é interessante a este trabalho aguardar a publicação desse ante-projeto, principalmente por ser possível a mudança do mesmo durante o processo legislativo, logo não farei nem a leitura do mesmo antes da entrega desse trabalho. Resta, então, esperar e torcer para que essas possíveis modificações a serem feitas mantenham os pontos positivos da Lei da Arbitragem original sanando essas inconsistências quanto à aplicação pelos entes Estatais, com o intuito final de permitir a ampla aplicação desse importante instituto de solução alternativa de conflitos no âmbito da Administração Pública, visando sempre o respeito aos princípios constitucionais que regem a administração do que é de todos, e em especial da legalidade e, principalmente, da eficiência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun 2012.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Emenda constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 20 jun 2012.

BRASIL**. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**: Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em 29 set 2013.

BRASIL. **Lei nº 2.784, de 29 de janeiro de 1999**: Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em 20 jun 2013.

BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providencias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 30 set 2013.

BRASIL. **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em 30 set 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de novembro de 1996:** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em 20 jun 2013.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo:** revista, ampliada e atualizada até 31-12-2012. 26ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013. 1266p.

DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. 932p.

MARTINS, Pedro Batista. **Apontamentos sobre a lei da arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. 468p.

MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares.** São Paulo: Atlas, 2007. p. 441.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 102.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. 1012p.

NETTO, Cássio T. F. **Contratos Administrativos e Arbitragem.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 144p.

MINAS GERAIS. **Constituição (1989).** Constituição do Estado de Minas Gerais. 14ª Ed. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2011. 274 p. Disponível em: <https://www.policiamilitar.mg.gov.br/conteudousuario/portal/uploadFCK/crs/File/ConstituicaoEstadual.pdf>. Acesso em 20 jun 2013.

MINAS GERAIS**. Lei nº 19.447, de 12 de janeiro de 2011:** Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências. Disponível em: <http://www.casacivil.mg.gov.br/userfiles/file/Gerenciado/normas-destaque/leis/20110112_lei-19477-juizo-arbitral.pdf>. Acesso em: 29 set 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. 1012p.

OSTERNACK AMARAL, Paulo. **Arbitragem e Administração Pública:** aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 233p.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. In: **WIKIPÉDIA,** a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Princ%C3%ADpio_da_legalidade>. Acesso em: 20 jun. 2013.

SALLES, Carlos A. **Arbitragem em Contratos Administrativos.** Rio de Janeiro: Forense, 2011. 331p.

TCU. **Instrução Normativa nº 52, de 04 de julho de 2007:** Dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP), a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=NORMATIVOS-65100&texto=6172626974726167656d&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=NORMATIVOS;&highlight=6172626974726167656d&posicaoDocumento=0>. Acesso em: 29 set 2013.

VELLOSO, Adolfo A. **Validade de eficácia da convenção de arbitragem em contratos administrativos:** a ótica judiciária. *In*: LEMES, Selma Ferriera; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord). **Arbitragem**:estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *in memorian.* São Paulo: Atlas, 2007.

TJMG - SEPLAG - CEINFO**. Relatório de Movimentação Processual**: Período de apuração de janeiro a abril de 2013. 2013**.** Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/portal/transparencia/tj-em-numeros/menu-em-abas/estatisticas-da-1-instancia.htm>. Acesso em 24 jun 2013.

DECLARAÇÃO DE AUTORIA E CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Eu, Vilmar Antônio Moccelin Júnior, inscrito no Registro Geral sob número MG-14.626.494 e CPF 068.815.666-54, responsabilizo-me por ser o autor intelectual do trabalho de conclusão de curso - Monografia - aqui apresentado e permito sua publicação, em parte ou total, no site da IES ou em sua Revista Eletrônica, seja do curso de Direito ou seja da Instituição bem como se fazer ajustes necessários à linguagem eletrônica e adequação às regras da ABNT adotadas no momento da publicação, sem prejuízo do entendimento da temática em questão. Portanto, declaro a cessão de todos os direitos autorais ([X] sim / [....] não), atuais ou futuros, à Faculdade Cenecista de Varginha.

_____

Assinatura do Declarante

Varginha, 04 de outubro de 2013