

# A SUBMISSÃO DE CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À ARBITRAGEM: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL.

## SUBMISSION OF CONFLICTS OF PUBLIC ADMINISTRATION TO ARBITRATION: A CONSTITUTIONAL ANALYSIS.

*Maria Charpinel Santos<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O instituto da arbitragem, método alternativo na solução de conflitos, ganhou força no ordenamento jurídico pátrio como forma de solução de um conflito que não precise passar pela égide da jurisdição estatal, com todas as suas intempéries e problemas. Nesse sentido, tomando-se por base todas as vantagens da arbitragem, bem como suas características, passou-se a questionar a utilização desse método pela Administração Pública para sanar seus próprios conflitos. Alega-se, que em razão da indisponibilidade da *res publica* não há essa possibilidade, bem como desatenderia o princípio da legalidade, uma vez que não há previsão legal para tanto. Nesse sentido, será estudado detidamente o instituto da arbitragem bem como a própria Administração Pública enquanto Estado, isto é, amplamente considerada, para que, ao fim, seja apresentada a melhor solução para essa importante controvérsia que assola o sistema jurídico pátrio.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Administração Pública. Satisfação dos preceitos constitucionais.

**ABSTRACT:** The concept of arbitration, alternative method for conflict resolution, gained strength in the national legal system as a means of resolving a conflict that does not need to go through the aegis of state jurisdiction, with all its elements and problems. In this sense,

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Processual Civil (UFES). Graduada em Direito (FDV). Bolsista da FAPES. E-mail: mariacharpinel@gmail.com

having as basis all the advantages of arbitration, as well as its features, we started to question the use of this method by the Public Administration to remedy their own conflicts. It is claimed that because of the unavailability of the *res publica* no such possibility as well as *desatenderia* the principle of legality, since there is no legal provision for this. In this sense, will be closely studied the concept of arbitration and public administration as the State itself, that is widely considered to be the best solution presented at the end for this important controversy plaguing the national legal system.

**Keywords:** Arbitration. Public Administration. Satisfaction of constitutional precepts.

## INTRODUÇÃO

A arbitragem é um importante instituto que ganhou força no Brasil especialmente após a edição da Lei 9.307 de 1996, diploma legal que rege a mesma no país. A mesma, como todo método alternativo na solução de conflitos, apresenta inúmeras vantagens se comparada ao processo pela via natural, qual seja, a judicial, contudo ainda venha acompanhada de insegurança em razão de não estar sob a égide do mesmo.

Nesse sentido, assolam o nosso país dúvidas quanto à utilização da mesma na seara do Poder Público, haja vista que, apesar dos inúmeros benefícios trazidos pelo citado instituto alternativo de solução de conflitos, o Estado possui um regime especial, devendo também ser analisado com outra visão nessa controvérsia.

Alega-se em uma primeira linha, nesse diapasão, a impossibilidade de utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública tendo em vista que a mesma cuida da *res publica*, e, dessa maneira, não pode dispor da mesma, não preenchendo, dessa maneira, o requisito da necessidade de o objeto posto à apreciação da arbitragem ser um direito disponível. Outro argumento utilizado frisa que somente poderia ser utilizada a arbitragem nessa seara caso houvesse lei tratando expressamente da possibilidade. Ambas as justificativas são refutadas fundamentadamente.

A fim de esclarecer o tema serão analisados detidamente os argumentos levantados sob a égide do Estado Democrático de Direito, para que, ao fim, chegue-se a uma solução plausível ao ordenamento jurídico brasileiro.

O método de pesquisa utilizado foi a consulta bibliográfica da doutrina jurídica.

# 1 OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Os conflitos existem desde que o ser humano se interrelaciona, podendo ser considerados, dessa maneira, como inatos à vida em comunidade. Nesse sentido, segundo a visão filósofa de Alaor Alves Caffé<sup>2</sup>, a sociedade caracteriza-se por possuir uma estrutura dinâmica, marcada por contradições e descompassos, e, por via de consequência, conflitos.

Portanto, em razão das aglomerações sociais, faz-se necessário produzir uma série de regramentos que visem a impor padrões de organização, possibilitando a coexistência social. Assim, o Direito existe como mecanismo regulador do comportamento e que visa à promoção da harmonia e do equilíbrio entre os indivíduos. Nesse contexto, o processo surge, então, como meio de desempenho do próprio Direito, com vistas a assegurar a observância e o cumprimento das diversas normas que regulam a convivência pacífica em sociedade.

Cabe aqui abrir um parêntese a fim de evidenciar que o processo possui hoje uma função muito mais ampla do que possuía antes da ascensão do Estado Democrático de Direito. Este veio a firmar a sua qualidade de instrumento, de meio apto à satisfação do ideal democrático coletivo do Direito e não mais somente como meio idôneo a solucionar os conflitos levados à apreciação do Estado como detentor do monopólio para tal atividade.

Nas palavras de Calmon de Passos<sup>3</sup>, extrai-se a função do processo enquanto instrumento de mudanças na ordem jurídica normativa, visto que as decisões emanadas dos tribunais devem possuir a devida preocupação com a efetivação da justiça, e não somente com o cumprimento da lei, isto é, a solução do conflito deve buscar a lei, realidade social e satisfação das partes envolvidas na lide.

Nesse sentido, embora o Direito e o Poder Judiciário – que existe como aplicador nato dos regramentos existentes – detenham o monopólio da resolução dos conflitos que exsurtem no seio das sociedades, com o desenrolar dos anos os mesmos deixaram de ser totalmente suficientes às tarefas para as quais se destinaram.

Isso ocorre uma vez que, a sociedade mundial viu-se, por diversos momentos em sua história, em situações de crise, que nascem baseadas em inúmeros fatores, entre eles a

---

<sup>2</sup> ALVES, Alaôr Caffé. As raízes sociais da filosofia do direito. In: ALVES, Alaôr Caffé; LAFER, Celso; GRAU, Eros Roberto et al (Org.). *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004, p. 79-80

<sup>3</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 41.

globalização e o aumento vertiginoso da população mundial, o que levou também a um crescimento das demandas judiciais.

Esse crescimento desenfreado aliado ao dinamismo cada vez maior das comunidades e das relações, que não foi acompanhado pelas instituições judiciárias e nem pelos regramentos postos, fez surgir a necessidade de serem vislumbradas novas formas de solução para os conflitos existentes, que passassem a auxiliar o Estado a dar conta das mais diversas demandas instauradas, e fazendo com que o “processo” atendesse os escopos para os quais se destina: político, social e jurídico<sup>4</sup>.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, que antes era tido como único ente capaz de decidir os conflitos da sociedade, passou a ser visto de outra forma. Houve uma crise paradigmática, trazendo à tona novas formas de resolver conflitos, através de mecanismos equivalentes à jurisdição, porém mais céleres e também menos onerosos. Essas são as formas não-jurisdicionalizadas de solução de conflitos, mas que atendem aos escopos do Estado, no sentido de possibilitar ao cidadão a resolução do seu conflito sem passar, necessariamente, pela égide da estrutura estatal judiciária.

Esses métodos ditos alternativos na resolução dos conflitos tiveram seu enfoque na chamada 3ª onda de acesso à justiça<sup>5</sup>, apesar de não representarem uma novidade propriamente dita. Isso ocorre uma vez que tais soluções são datadas desde as sociedades primitivas, tendo essa onda somente ter-se mostrado como um marco difusor desses métodos.

Nesse diapasão, após a crise da administração da justiça observada em diversas partes do mundo e também no Brasil, observou-se um aumento vertiginoso na atenção concedida aos mesmos, haja vista que o direito fundamental à busca pela efetivação da justiça não estava sendo concretizado como deveria.

É importante salientar ainda que o crescimento da utilização e, conseqüentemente, da importância dos métodos alternativos de solução de conflitos não deve ser visto como uma privatização da justiça, que caracterizava-se por ser, em tempos passados, monopólio do Estado. É errôneo afirmar isso uma vez que, diante da incapacidade do próprio Estado em efetivar os direitos fundamentais dos seus cidadãos, o mesmo abre aos jurisdicionados a possibilidade de se utilizar outros meios com vistas a solver seus conflitos, em consonância com os dizeres do mestre Petrônio Calmon<sup>6</sup>:

---

<sup>4</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 41.

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de processo*, São Paulo, ano 19, n. 74. p. 82-97, abr.-jun. 1994.

<sup>6</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 49.

Deve-se afastar, então, a idéia de que o mau funcionamento da máquina judiciária constitui o pressuposto para a difusão dos meios alternativos. Ao contrário, o jurisdicionado será tanto mais livre para optar pela via consensual quanto estiver livre para optar entre dois sistemas paralelos e eficientes. Os meios alternativos não excluem ou evitam um sistema judicial caótico, mas põem-se interativamente ao lado da jurisdição estatal, devendo-se valer do critério da adequação entre a natureza do conflito e o meio de solução que entenda mais adequado.

Desse modo, como os métodos encontram-se à disposição do jurisdicionado para que o mesmo opte pelo que mais lhe convém, faz-se extremamente necessário salientar que o Estado exige que o método escolhido pelo cidadão deve se adequar às minúcias do conflito que será posto à apreciação.

Nesse diapasão existem 3 principais métodos de solução de conflitos: a mediação, a conciliação, a arbitragem e a negociação.

Em uma breve explanação - tendo em vista não ser o objetivo do trabalho, frisa-se que a mediação, a conciliação e a negociação caracterizam-se por serem métodos autocompositivos de solução de conflitos, isto é, as partes, com ou sem a ajuda de um terceiro imparcial, irão decidir por si mesmas o conflito de interesses.

No que diz respeito primeiramente à mediação, pode-se dizer que terceiro chamado mediador tem o papel de ajudar as partes a chegar a um acordo, sem que para isso o mesmo manifeste a sua opinião, isto é, o mediador não pode nunca decidir pelas partes, o mesmo somente as auxilia a chegarem a um denominador comum.

A conciliação, por sua vez, somente diferencia-se da mediação quando é discutido o papel do terceiro: aqui as partes são um pouco mais passivas, apesar de o conciliador (bem como o mediador) não poder emitir juízos de valor. O terceiro ajuda de maneira mais ativa as partes a formularem o acordo final.

Já na negociação, considerada um método primário e informal, as partes podem fazê-la sem a intervenção auxiliar de nenhum terceiro (denominada modalidade direta) ou ainda mediante a atuação de representantes parciais auxiliares aos grupos opositores (denominada modalidade assistida).

No que tange à arbitragem, método de resolução de conflitos importante para o presente estudo, frisa-se que a mesma possui a classificação de método heterocompositivo, haja vista que, no seu procedimento previsto em lei, a regra é que o árbitro (ou árbitros, caso seja mais de um) é que possui o poder decisório no conflito, funcionando, inegavelmente, como juiz do caso.

## 1.1 A ARBITRAGEM

A arbitragem é o único método alternativo na solução de conflitos que possui uma lei específica regendo-o, a lei 9.307 datada tão somente de 23 de setembro de 1996, apesar de desde a época do Império já existir previsão desse instituto no ordenamento jurídico pátrio. Desse modo, depreende-se de que somente após o advento da Lei 9.307 é que houve real propagação e maior força a esse importante instituto do sistema brasileiro.

Acerca desse instituto legal, pode-se salientar que o mesmo constitui-se por ser um método heterocompositivo de solução de conflito, haja vista que um terceiro imparcial impõe a sua vontade naquilo que as partes levam à sua apreciação. O resultado desse juízo de valor que será imposto aos conflitantes é uma sentença arbitral que possui força de título executivo judicial (e não extrajudicial como ocorre no âmbito da mediação e da conciliação), isto é, pode o mesmo ser executado via Poder Judiciário sem que para isso haja a necessidade de homologação da sentença exarada pelo árbitro.

Desta feita, tem-se como princípios norteadores do instituto da arbitragem a autonomia da vontade e da boa-fé (existentes em quaisquer métodos alternativos, visto representarem o cerne dos mesmos), o contraditório, a ampla defesa e a igualdade das partes, imparcialidade (haja vista serem esses princípios constitucionais inafastáveis em qualquer processo), imparcialidade, livre convencimento dentre outros.

No que tange ao procedimento da arbitragem, frisa-se existir grande flexibilidade para que as partes decidam acerca de prazos e também outros, sendo necessário, todavia, que os preceitos firmados na Lei 9.307/96 sejam respeitados.

É importante também fazer apontamentos no que tange à possibilidade de escolha, entre as partes conflitantes, acerca do tipo de arbitragem aplicada ao seu conflito: pode ser ela arbitragem de direito ou ainda arbitragem por equidade. Na primeira, as partes escolhem o ordenamento jurídico que ambicionam seguir, e na segunda, por equidade, há a concessão de uma maior liberdade ao árbitro, pois as partes delegam ao mesmo que profira a decisão que ele julgar como sendo mais justa para o caso concreto apresentado. Observa-se aqui que há uma certa limitação ao agir do árbitro, que deve fundamentar sua deliberação segundo o ordenamento jurídico ou ainda segundo o que julgar mais justo, sempre embasando suas decisões, o que traz inegável segurança à solução do conflito.

No que tange à natureza jurídica da arbitragem, a mesma constitui ponto controverso<sup>7</sup> na doutrina brasileira, razão pela qual somente será feita referência à posição majoritária. Segundo esta, denominada corrente jurisdicionalista ou publicista, a arbitragem é inquestionavelmente um processo, tendo em vista a existência de uma sentença arbitral que pode culminar, caso exista necessidade, em uma execução judicial, posição com a qual nos coadunamos.

A jurisdição é vista pelos defensores dessa corrente como a própria sentença arbitral, que é o ato mais importante e central deste procedimento e nasce da delegação da atividade pública, que é a jurisdicional, ao árbitro, que a exerce privativamente, porém sempre com função, com múnus público que é inerente à solvência dos conflitos, tendo exatamente os mesmos efeitos e consequências das sentenças emanadas diretamente dos juízes togados a serviço do Poder Judiciário.

Coaduna-se a essa posição os dizeres irretocáveis de Cândido Rangel Dinamarco<sup>8</sup>, por exemplo, que embora não tenha elaborado a conceituação visando à situação da arbitragem, a mesma encaixa-se perfeitamente no contexto. O autor salienta, por sua vez, que “o processo é o instrumento predisposto ao exercício do poder e que consiste na capacidade de decidir e impor decisões”, bem como é a arbitragem.

Outro ponto importante a ser analisado faz referência à arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva que devem estar presentes em um procedimento arbitral iniciado.

A arbitrabilidade considerada de maneira geral pode ser descrita como sendo a aptidão<sup>9</sup> de um litígio ser ou não o objeto de um procedimento submetido à arbitragem. A subjetiva diz respeito à possibilidade de uma pessoa, seja ela física ou jurídica, celebrar uma convenção de arbitragem, isto é, expressar sua autonomia de vontade no sentido de a mesma querer ver seus conflitos dirimidos pela arbitragem.

No que tange a esta arbitrabilidade subjetiva, a lei que rege o procedimento arbitral não se expressa claramente em dizer quem poderá efetivamente participar de uma arbitragem, esclarecendo tão somente que é autorizado que pessoas capazes de contratar o façam.

Em razão desse ponto nebuloso na lei de arbitragem questiona-se acerca da possibilidade ou não de o Estado, especialmente na pessoa das empresas públicas, poderem submeter seus conflitos à arbitragem.

---

<sup>7</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*, p. 17.

<sup>8</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 179.

<sup>9</sup> LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do MERCOSUL*. 4ª tir. Curitiba. Juruá, 2005, p. 51.

A arbitrabilidade objetiva, por sua vez, versa sobre quais direitos poderão ser levados à apreciação de um árbitro em um procedimento arbitral: somente questões decorrentes de direitos disponíveis podem ser objeto da arbitragem, isto é, direitos patrimoniais, relativos a bens que podem ser apreciados economicamente, podendo ser quantificados em moeda. Desta feita, disponíveis são os direitos que se referem a bens apropriáveis, passíveis de alienação, que podem ser encontrados no comércio jurídico<sup>10</sup>.

Nesse diapasão, os direitos decorrentes dos contratos que são firmados entre o Estado (seja na sua forma direta ou indireta) e o particular, ou ainda entre dois entes da Administração Pública também apontam como pontos controvertidos em sede doutrinária, haja vista possuir a *res publica* sempre a natureza de direito indisponível. Nesse sentido encontra-se o entendimento de Carlos Alberto Carmona<sup>11</sup>, que afirma que são arbitráveis controvérsias relativas a “matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem”.

Tais discussões que assolam o instituto da arbitragem no âmbito do sistema jurídico brasileiro passarão a ser analisadas em seguida.

## **2 OS CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PARA SOLVÊ-LOS**

Apropriando-nos do entendimento de Di Pietro<sup>12</sup> é possível vislumbrar a Administração Pública como o próprio Estado, que, mediante seus agentes públicos imbuídos de deveres legalmente instituídos, exercem a atividade de gestão, de administração. É a figura que, mediante atuação efetiva e independente de qualquer tipo de provocação, aplica a lei preexistente de ofício, conforme a conhecida máxima de Seabra Fagundes<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> LIMA, Cláudio Vianna de. A lei de arbitragem e o artigo 23, XV, da Lei de Concessões. *Revista de Direito Administrativo* – 209. Jul/ set 1997. P. 92.

<sup>11</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 56.

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, pg. 49.

<sup>13</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 1984, pg. 3.

Essa popular definição irretocável do mestre administrativista remete-nos a um dos principais princípios norteadores da atividade administrativa, expresso na Constituição Federal no artigo 37: o princípio da legalidade.

A legalidade, nas palavras de Juarez Freitas<sup>14</sup> pode ser classificada como

A subordinação da Administração Pública não é apenas a lei. Deve haver o respeito à legalidade sim, mas encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como razoável (...) A legalidade devidamente adjetivada razoável requer a observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional.

Desnecessário se faz trazer mais comentários acerca do princípio da legalidade, vez que este se faz auto-explicativo: a legalidade da Administração Pública não se assemelha à legalidade dos particulares, a qual concede liberdade aos mesmos de fazerem tudo que a lei não lhes veda. Para o Poder Público, somente lhe é permitido fazer o que a lei prevê expressamente como de possível feitura: o agente público, na sua atuação administrativa, somente pode praticar algum ato se possuir respaldo legal.

No que tange ao objeto de estudo no presente trabalho, a legalidade constitui um dos principais pontos que traz controvérsias acerca da possibilidade de utilização da arbitragem pelo Poder Público.

A arbitragem pode ser classificada como instrumento que visa à resolver conflitos, absolutamente constitucional e legal, que ganhou força no ocidente e também no ordenamento jurídico pátrio especialmente em virtude das vantagens que a mesma apresentava às partes conflitantes: a economicidade em relação ao custo de um processo judicial – tanto no que diz respeito ao dinheiro despendido quanto na economia de tempo de todos os envolvidos no procedimento, a preservação do bom relacionamento entre as partes na constância da disputa e também após a mesma, dentre os outros diversos pontos positivos dos métodos alternativos na solução de conflitos.

Em razão da existência de tantos pontos positivos, questiona-se se, apesar da inexistência de previsão legal que autorize a máquina estatal a utilizar-se da arbitragem e dos seus benefícios para solver seus conflitos.

Como o princípio da legalidade, corolário norteador da atividade administrativa e de todo o Poder Público, veda quaisquer à Administração que não estejam estritamente previstos em lei, há, realmente, a necessidade de se discutir acerca dessa possibilidade.

---

<sup>14</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.P. 60-61

Em virtude da falta de clareza na edição do artigo 1º da Lei de arbitragem, que trata da arbitrabilidade subjetiva, há doutrinadores que sustentem que a autorização para que a Administração Pública utilize-se da arbitragem como método de resolução de conflitos se confronta diretamente com os princípios que regem a mesma, sendo, portanto, impossível escapar da teia jurisdicional do próprio Estado.

Nesse sentido a doutrina torna-se absolutamente esparsa ao defender diversos pontos de vista que visem a preservação do instituto da legalidade em sede da Administração Pública.

Jacob Dolinger e Carmem Tiburcio<sup>15</sup>, em clássico sobre o tema, defendem o uso da arbitragem pela Administração Pública desde que a legalidade seja observada. Para tanto, dever haver a feitura de lei que preveja expressamente essa possibilidade, o que, na visão dos renomados autores, ainda não existe.

De outro giro, os co-autores da Lei 9.307/96, denominada Lei de Arbitragem, Selma Lemes<sup>16</sup>, Pedro Batista Martins<sup>17</sup> e Carlos Alberto Carmona<sup>18</sup> articulam que o citado artigo 1º da Lei, que trata da arbitrabilidade subjetiva, ao versar que as pessoas capazes de contratar estão autorizadas a solver um conflito por meio da arbitragem, conferiu, de forma ampla e genérica, a mesma autorização para os entes da Administração Pública, seja ela direta ou indireta. Desse modo, a necessidade de previsão legal e, portanto, autorização legislativa, já estaria atendido.

Caio Tácito<sup>19</sup>, por sua vez, defende também já ter sido atendida a necessidade de previsão legal de utilização da arbitragem pela Administração Pública, haja vista que a Lei de Concessão de Serviço Público (Lei n. 8.987/95), em seu art. 25, inciso XV autoriza expressamente a utilização da arbitragem por todos e quaisquer contratos administrativos a fim de solucionar controvérsias.

Há quem defenda ainda, como Adilson Abreu Dallari<sup>20</sup>, que a autorização legislativa para a utilização da arbitragem pelos entes do Poder Pública encontra-se justamente em um dos maiores diplomas legais que rege a atuação do mesmo, qual seja, a conhecida Lei de

---

<sup>15</sup> DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado – Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 415.

<sup>16</sup> MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à justiça e princípio da igualdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 52-53

<sup>17</sup> LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 157

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 151.

<sup>19</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 101.

<sup>20</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 257.

Licitações. A lei 8.666 de 1993, em seu artigo 54, dispõe que fica autorizada a utilização de forma supletiva, nos contratos administrativos, dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Desse modo, segundo o citado autor, a autorização estaria concedida também de maneira genérica, haja vista que restou autorizada pela Lei 8.666 a utilização de princípios e disposições de advindas da teoria geral dos contratos e também do próprio direito privado, o que se encaixa perfeitamente na conceituação do instituto da arbitragem.

O agora Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso também defende a utilização da arbitragem pela Administração Pública, mas somente com previsão por lei específica, haja vista que esse uso constitui uma exceção ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, que constitui a regra.

Ainda segundo o entendimento do Ministro, essa autorização genérica não ocorre pois a utilização supletiva de regras do direito privado no direito administrativa constituiriam espécie de sabotagem à própria Lei de Licitações. No que tange à previsão da Lei de Concessões, a autor destaca que, para que tal autorização fosse para todos os contratos administrativos, a legislação em apreço deveria ter revogado o artigo da Lei de Licitações que prevê a eleição de foro, o que não ocorreu.

Há que se dar ênfase ainda ao entendimento do também Ministro Eros Roberto Grau<sup>21</sup>, que salientou que a Administração Pública não exerce única e exclusivamente atos de império em todos os seus contrato, isto é, a mesma não encontra-se sempre em posição de vantagem, visando a satisfazer o interesse público primário. A Administração também pratica atos de gestão, em que se encontra em patamar de igualdade com os outros partícipes da relação jurídica, visando ao seu interesse público secundário (Estado atuando como sujeito de direito, exatamente como qualquer outra pessoa).

Desse modo, segundo o autor, os contratos decorrentes de atos de império devem ser analisados exclusivamente pelo Poder Judiciário, haja vista que decorrem da soberania estatal e visam ao interesse público primário, escopo primordial da nação. Já os atos de gestão, em que há igualdade de condições entre os contratos, para estes há a possibilidade de escolha entre a arbitragem ou ainda a tutela jurisdicional estatal na solução de um conflito entre as partes.

---

<sup>21</sup> GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 57.

Pois bem. Após a apresentação de todos esses pontos de vista, cabe fazer alguns apontamentos necessários a fim de melhor elaborar uma solução para a controvérsia analisada no presente trabalho.

O Estado (aqui vislumbrado como aparelho estatal, como Administração Pública) existe única e exclusivamente para satisfazer as necessidades da sua população, visando os objetivos fundamentais e, maximamente, a concretização do estipulado no preâmbulo<sup>22</sup> da Carta Constitucional, que versa que seja perseguido o pleno exercício dos direitos sociais e individuais.

Isto posto, depreende-se que a Administração Pública possui o múnus público como próprio valor intrínseco, - isto é, a mesma possui como inato o dever de buscar incessantemente a continuação e o aperfeiçoamento dos bens, serviços e interesses da coletividade - razão pela qual afirmou Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>23</sup> ser o direito administrativo o direito defensivo do cidadão por ser “filho legítimo do Estado de Direito”, ou seja, o instrumento que todo indivíduo possui para controlar as atividades de seus governantes na gerência da coisa pública.

Como consequência dessa observância das necessidades e anseios da sociedade, o regime jurídico administrativo, que rege o Estado de uma forma amplamente considerada, embasa-se nos princípios fundamentais que regem a relação público-privada, sendo estes a supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração Pública.

Nesse diapasão, se faz imprescindível transcrever as sábias palavras de Bandeira de Mello<sup>24</sup>:

O direito administrativo desvenda não ser um instrumento de atuação estatal marcado tão só pelas prerrogativas de autoridade, conquanto defensivas do interesse público, mas exibe a sua marca mais expressiva: a do comprometimento com os interesses da sociedade, em nome dos quais erige barreiras defensivas contra quem quer que esteja no desempenho de atividade estatal, seja ele um particular investido de funções públicas, seja ele o próprio Estado agindo diretamente ou por meio de entidade de sua Administração indireta.

---

<sup>22</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

<sup>23</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros. 2012, pg. 52

<sup>24</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros. 2012, pg. 74

Conforme se analisam os princípios supremos que regem a Administração Pública, é possível depreender a importância que possui a real definição e o efetivo alcance do bem comum, da vontade geral do povo para qualquer ato que venha a ser emanado da própria Administração, exercido pessoalmente pelos agentes públicos competentes.

Vislumbra-se, dessa maneira, que somente a partir dessas exposições acerca do interesse público, seja na vertente de indisponibilidade ou de supremacia, princípios-consequências podem ser extraídos do regime jurídico administrativo e encontram-se positivados no artigo 37 da Carta Maior de 1988: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesta seara de observância às necessidades e aos anseios da coletividade, além de pleno atendimento aos princípios construiu-se toda a estrutura do Poder Público, da atividade administrativa.

Existindo o Estado precipuamente com o fim de satisfação dos interesses comuns de seu povo, é possível extrair, tão somente dessa afirmativa, uma autorização constitucional para a utilização da arbitragem pelos conflitos da Administração Pública.

A utilização da arbitragem pela Administração Pública para sanar seus conflitos constitui uma forma de busca do melhor interesse das partes conflitantes: o árbitro conhece melhor o conflito, visto que não possui milhares deles para resolver, bem como há a possibilidade de existir um árbitro especializado no objeto do conflito, que traz muito mais segurança e justiça à solvência do conflito; as partes encontram-se em situação de menor stress, podendo melhor lidar com a situação; há uma enorme economia de tempo e de dinheiro, que por si só já justificariam a escolha da arbitragem; há flexibilidade na escolha dos prazos e outras minúcias do procedimento arbitral; a sentença arbitral exarada possui força de título judicial, podendo ser executada diretamente pelo Poder Judiciário; há a possibilidade de anulação da mesma via Poder Judiciário caso haja violação de algum preceito constitucional e outras vantagens.

Isso posto, vislumbra-se claramente a compatibilidade da aplicação do instituto da arbitragem aos conflitos da Administração Pública, uma vez que este emprego visa satisfazer os fundamentos da República estampados na Carta Magna de 1988, tendo em vista especialmente o fato de que o processo hoje é visto como instrumento de perfazimento desses ideais postos e definidos na seara constitucional<sup>25</sup>.

Ao visar a esses fins sociais, os processualistas começam a preocupar-se com a adequação da técnica processual a este novo panorama de análise e a construir

---

<sup>25</sup> NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pg. 52.

procedimentos em que a cognição e decisão do juiz são majoradas (no caso, brasileiros, cada vez menos controlados), possibilitando que uma intervenção mínima das partes possa chegar ao proferimento do provimento final, respondendo-se com menor custo e tempo possíveis às demandas no sistema judiciário.

Nesse sentido, extrai-se com clareza do constitucionalismo da atualidade que deve-se buscar, no âmbito do processo e, do provimento jurisdicional, por conseguinte, a plena efetividade processual, isto é, somente existe efetividade em um processo quando o mesmo traz a decisão final em um menor tempo e menor curso, bem como há justiça na mesma.

Constata-se assim uma convergência de valores entre o Estado e a arbitragem: respeitando-se o que preleciona a lei 9.307/96 (especialmente a arbitrabilidade objetiva, qual seja, que somente os direitos disponíveis podem ser objeto da arbitragem) não há qualquer óbice à aplicação da mesma no âmbito do Poder Público.

Por fim, conclui-se que neste afã trazido pelas ondas do neoconstitucionalismo de concretização dos ideais e preceitos trazidos pela Constituição Federal do país, há a plena possibilidade de utilização do instituto processual da arbitragem pela Administração Pública em seus conflitos, haja vista que esta última existe com o múnus público de satisfação dos direitos e garantias assegurados constitucionalmente, o que, indubitavelmente, a arbitragem também persegue.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho analisou a controvérsia existente relativamente à aplicação ou não do método alternativo de resolução de conflitos da arbitragem nos conflitos da Administração Pública. Por ser o Estado detentor de um regime próprio, que distingue-se em vários pontos daquele aplicado aos particulares, faz-se necessário também estudar essas diferenciações no âmbito da arbitragem.

Após serem feitas algumas considerações em relação aos métodos alternativos de solução de conflitos, concedendo atenção especial à arbitragem, passou-se à análise da própria Administração Pública e seus princípios norteadores, para que melhor pudesse se entender os verdadeiros escopos da mesma e, assim, construir uma melhor solução à luz do Estado Democrático de Direito o qual vigora no nosso país.

Nesse sentido, foi possível depreender que sendo a arbitragem um método alternativo de solução de conflito constitucional e previsto em um diploma legal que possui inúmeras vantagens em relação à demanda judicial, inclusive no tocante ao perfazimento de garantias e direitos constitucionais, tais como da efetividade processual advinda com o neoconstitucionalismo, não há que se falar em impossibilidade de utilização desse importante instituto na seara do Poder Público.

Assim, o que se analisou neste trabalho diz respeito à eficiência e à busca do melhor resultado possível na busca dos escopos fundamentais exarados na Carta Constitucional: ou seja, estudou-se a arbitragem como processo sob um viés constitucional que, assim como a Administração Pública, deve satisfazer as premissas postas do ordenamento jurídico pátrio.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Alaôr Caffé. As raízes sociais da filosofia do direito. In: ALVES, Alaôr Caffé; LAFER, Celso; GRAU, Eros Roberto et al (Org.). *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004.

BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº, 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de processo*, São Paulo, ano 19, n. 74. p. 82-97, abr.-jun. 1994.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. II. 1ª ed. São Paulo: Editora ClassicBook, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26 ed. rev, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. 3ª ed. Campinas: Editora Bookseller, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. 15ª ed. rev, atualizada e ampliada. Salvador: Editora Judpodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. 4ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado – Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 1984.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

LAKATOS, Eva M. e MARCONI, Marina A. *Metodologia Científica*. Editora Atlas S.A., São Paulo SP. 1991.

LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do MERCOSUL*. 4ª tir. Curitiba. Juruá, 2005.

LIMA, Cláudio Vianna de. A lei de arbitragem e o artigo 23, XV, da Lei de Concessões. *Revista de Direito Administrativo* – 209. Jul/ set 1997.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACEDO, Magda Helena Soares. *Manual de metodologia da pesquisa jurídica*. 2ª ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Delcio Balestrero Aleixo e José Emmanuel Burle filho. São Paulo: Editora Malheiros. 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à justiça e princípio da igualdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil, v. I.* 3ª ed. rev, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SEVERINO, A. J. *Metodologia do trabalho científico.* 20. ed. São Paulo: Cortez, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público.* 4 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, v. I.* 52ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.