

**Gabriela Lotufo Cintra Ferreira**

**REFLEXÕES SOBRE ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto**

**Ribeirão Preto  
2013**



**Gabriela Lotufo Cintra Ferreira**

**REFLEXÕES SOBRE ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial da obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto**

**Ribeirão Preto**

**2013**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

## **FICHA CATALOGRÁFICA**

Ferreira, Gabriela Lotufo Cintra

Reflexões sobre arbitragem e Administração Pública. -  
Ribeirão Preto, 2013.

71 p. ; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de  
Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni

Nome: FERREIRA, Gabriela Lotufo Cintra  
Título: Reflexões sobre arbitragem e Administração Pública

Trabalho apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial da obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof.Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof.Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_



*Aos meus pais, que dedicaram suas vidas para que a minha fosse maravilhosa.  
Aos meus irmãos, alegria dos meus dias.  
À minha família, sem a qual não sou nada.*



## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu professor e orientador, Fernando da Fonseca Gajardoni, que me serve de exemplo e inspiração nos estudos do Direito e quem admiro tanto como profissional.

À minha tia e madrinha “*ad hoc*”, Renata Andrade Lotufo, que me ensinou a amar o Direito e me norteou durante toda a minha jornada na graduação.

Ao Dr. Alexandre Paranhos Tacla Abbruzzini, por ter me apresentado a advocacia de forma apaixonante e por ter me incentivado a estudar o tema do presente trabalho.

À Dra. Cristina Alckimin Lombardi, por ter acreditado em mim e por ter me incentivado na prática do direito.

Ao meu professor Thiago Marrara, por me ensinar que é possível não perder a humanidade no estudo do Direito e por contribuir para a realização do sonho de estudar na Università degli Studi di Pavia.

Ao meu professor Luciano Camargo Penteado, com quem aprendi a amar o Direito Civil.



## **RESUMO**

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo o estudo da possibilidade de utilização da arbitragem nos contratos administrativos e sob quais limites ela ocorre.

Para tanto, alguns conceitos do direito administrativo foram estudados e analisados diante da conjuntura do Estado atual, o qual deixou a postura impositiva, para assumir uma postura consensualista na administração de seu aparelhamento.

Foi feito um levantamento dos argumentos contrários, bem como dos favoráveis à utilização da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias advindas de contratos administrativos, a fim de que fosse possível compreender o motivo pelo qual ainda há controvérsias sobre o tema.

Entendendo ser afirmativa a possibilidade de eleição pela Administração da arbitragem como forma de resolução de conflitos, foi feita a delimitação da atuação do juízo arbitral, visto que, na esfera do Direito Administrativo, deve-se prezar pelos princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade.

Por fim, foi feita uma análise da jurisprudência brasileira com relação ao tema, com o intuito de verificar quais foram as evoluções do entendimento com relação ao tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem. Administração Pública. Contratos administrativos. Indisponibilidade. Interesse público. Legalidade.





## SUMÁRIO

<b>1. BREVES ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE ARBITRAGEM .....</b>	<b>16</b>
1.1. Conceito .....	16
1.2. Convenção de arbitragem. Espécies. Mudanças trazidas pela Lei de Arbitragem.....	16
1.3. Natureza Jurídica da Arbitragem .....	18
<b>2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ....</b>	<b>21</b>
2.1. O Estado e a Administração Pública.....	21
2.2. Os contratos firmados pela Administração Pública Brasileira .....	22
2.3. Regime jurídico administrativo .....	24
2.4. A nova administração pública consensual.....	26
2.5. Contratos de concessão.....	27
2.5.1. Concessão de obras e serviços públicos. Autorização da utilização da arbitragem	
28	
2.6. As parcerias Público Privadas (PPP) .....	29
2.7. Contratos de obras, prestação de serviços e de fornecimento de bens. Lei de licitação e contratos da Administração Pública.....	30
<b>3. ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....</b>	<b>32</b>
3.1. Histórico.....	32
3.1.1. O caso Lage .....	33
3.2. Argumentos contrários à utilização da arbitragem nos contratos administrativos .....	34
3.2.1. A analogia entre o compromisso e a transação.....	34
3.2.2. A impossibilidade de a Administração Pública ceder sua função administrativa ao árbitro.....	36
3.2.3. Necessidade da outorga de poderes especiais de mandatário para firmar compromisso.....	36
3.2.4. O argumento da indisponibilidade do interesse público.....	37
3.2.5. O entendimento de Lúcia Valle Figueiredo.....	38
3.2.6. A necessidade de autorização legal específica .....	39

<b>3.3. Argumentos favoráveis à utilização da arbitragem nos contratos administrativos .....</b>	<b>40</b>
3.3.1. A arbitragem é mais célere que o processo estatal .....	41
3.3.2. As sentenças arbitrais são mais técnicas.....	42
3.3.3. A flexibilidade do procedimento arbitral .....	42
3.3.4. A arbitragem diminui os custos de transação dos contratos administrativos ....	44
<b>3.4. Os ensinamentos paradigmáticos de CASTRO NUNES e de Themístocles Brandão CAVALCANTI .....</b>	<b>47</b>
<b>4. COMPATIBILIDADE DA ARBITRAGEM COM OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b>	<b>48</b>
4.1. O princípio da indisponibilidade do interesse público e arbitragem. Interesse público primário e interesse público secundário .....	48
4.2. O princípio Constitucional da legalidade administrativa e o art. 1 da Lei 9.307/96 .....	51
4.3. Princípio da eficiência .....	53
<b>5. ARBITRABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA. O CABIMENTO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....</b>	<b>55</b>
5.1. Arbitrabilidade subjetiva .....	55
5.2. A arbitrabilidade objetiva.....	56
5.2.1. A matéria a ser submetida à arbitragem .....	56
5.2.2. Os direitos patrimoniais disponíveis .....	56
<b>6. A competência do árbitro nos contratos administrativos.....</b>	<b>57</b>
6.1. Impossibilidade de apreciação do mérito do ato administrativo.....	58
6.2. Impossibilidade de decisões por equidade .....	59
6.3. Impossibilidade de sanções de polícia administrativa .....	60
<b>7. O ATUAL POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>62</b>
7.1. Tribunal De Contas Da União .....	62
7.2. Jurisprudência brasileira .....	63
<b>8. CONCLUSÃO .....</b>	<b>67</b>
<b>9. BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>68</b>

## **1. BREVES ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE ARBITRAGEM**

### **1.1. Conceito**

A arbitragem é um meio alternativo de solução de conflitos, no qual, por meio de um contrato, as partes submetem uma controvérsia relativa a direitos patrimoniais disponíveis à decisão de um ou mais árbitros.

No procedimento arbitral não ocorre a intervenção estatal, uma vez que a decisão proferida por este juízo tem a mesma força que a sentença judicial, vinculando as partes e impedindo que a matéria em questão seja apreciada pelo Poder Judiciário. Este só poderá interferir no juízo arbitral nos casos em que se fizer necessário o deferimento de execuções de medidas de urgência, uma vez que os árbitros, diferentemente dos juízes, não têm poder de coerção, não podem se valer da força<sup>1</sup>.

Apesar da falta de coercitividade, os árbitros têm o poder de impor a sua decisão autoritativamente. Este aspecto é o que caracteriza a arbitragem como meio de heterocomposição de conflitos, diferenciando-se dos demais meios alternativos de resolução de litígios: a mediação e a conciliação, que são meios autocompositivos, visto que as partes não estão vinculadas à opinião do mediador ou do conciliador<sup>2</sup>.

### **1.2. Convenção de arbitragem. Espécies. Mudanças trazidas pela Lei de Arbitragem.**

A convenção de arbitragem é o negócio jurídico por meio do qual as partes, exercendo a sua autonomia privada, afastam o Poder Judiciário da resolução de uma controvérsia sobre direitos patrimoniais disponíveis. São espécies de convenção de arbitragem a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, conforme prevê o artigo 3º da Lei 9.307/96.

---

<sup>1</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 59.

<sup>2</sup>CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

A cláusula compromissória prevê a utilização da arbitragem na resolução de conflitos que possam surgir, futuramente, de um determinado contrato firmado pelas partes. Já o compromisso arbitral, de acordo com o artigo 9º, da Lei de Arbitragem, é “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas”. É por meio dele que se inicia o procedimento arbitral, definindo-se quem serão as partes e o árbitro (ou árbitros), a matéria objeto do juízo e o lugar em que será proferida a sentença.

Cumpre ressaltar que as novas disposições trazidas pela Lei 9.307/96 resolveram dois problemas relativos à convenção de arbitragem, os quais impediam o desenvolvimento do juízo arbitral no Brasil, quais sejam: a ausência de execução específica da cláusula compromissória e a vinculação desta ao contrato a que se refere.

Devido ao primeiro problema citado, era possível afastar a instauração do procedimento arbitral por meio do voto de apenas uma das partes. A única sanção ao descumprimento da convenção era a responsabilização da parte inadimplente por perdas e danos.

Atualmente, ocorrendo o descumprimento da cláusula compromissória por uma das partes, será realizada a sua execução específica, ou seja, a celebração do compromisso arbitral será feita de forma compulsória, perante o Poder Judiciário.

O professor José Emilio Nunes PINTO<sup>3</sup> explica com propriedade as mudanças trazidas pela Lei 9.307/96, que tornaram a cláusula compromissória mais eficaz, colocando fim ao problema da ausência de execução específica:

*“Além de outorgar à cláusula compromissória execução específica (art. 7º), atribui-se a ela, desde que se possa interpretá-la como cláusula completa ou, ainda, na terminologia arbitral, “cláusula cheia”, o condão de ser suficiente e bastante para instituir a arbitragem. Por essa razão e nessas circunstâncias, o compromisso passa a desempenhar um papel secundário, já que, por força do art. 5º da Lei, proceder-se-á da forma prevista nas regras escolhidas. Portanto, em face do art. 5º e desde que aceita a designação pelo(s) árbitro(s), a arbitragem poderá ser instituída independentemente da celebração do compromisso.”*

Passemos ao segundo problema suscitado: a vinculação da cláusula compromissória ao contrato.

---

<sup>3</sup>PINTO, José Emilio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do Código Civil** in Revista Eletrônica Jus Navigandi. n. 518, 07 dez. 2004. Ano 9. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/6025>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

Tendo em vista que a cláusula compromissória prevê a forma de resolução de conflitos futuros, nem sempre a arbitragem parece interessante para as partes no momento em que surge a controvérsia. Deste modo, antes do advento da Lei 9.307/96, as partes se valiam da vinculação da cláusula compromissória ao contrato, para afastar a instauração obrigatória do juízo arbitral. Alegavam, perante o Poder Judiciário, a nulidade do contrato, a qual, caso fosse reconhecida, ensejaria, também, a nulidade da cláusula compromissória.

Humberto THEODORO JÚNIOR<sup>4</sup> explica com clareza a solução encontrada pelo legislador para dar cabo a este problema, que, aliado à ausência de execução específica da cláusula compromissória, prejudicava imensamente a confiabilidade no procedimento arbitral brasileiro:

*“A Lei 9.307, na esteira da jurisprudência europeia atual, procurou evitar essa burla à arbitragem, atribuindo plena autonomia à cláusula compromissória. Dessa forma, conferiu competência aos próprios árbitros para resolver, de ofício ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, da validade e da eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (art. 8º). Logo, se uma das partes quiser arguir a nulidade do contrato, terá de fazê-lo perante o juízo arbitral e não em face de juízo da Justiça ordinária.”*

Assim, nos moldes atuais, as duas espécies de convenção de arbitragem são vinculantes, ou seja, afastam, obrigatoriamente, o Poder Judiciário da apreciação da lide, criando uma maior segurança com relação à arbitragem brasileira.

### **1.3. Natureza Jurídica da Arbitragem**

A respeito da natureza jurídica da arbitragem, nos parece que o entendimento da doutrina brasileira já se encontra, majoritariamente, assentado no sentido de que ela seja jurisdicional.

---

<sup>4</sup>THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais.** V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 324.

No entanto, o desenvolvimento desta posição doutrinária somente se deu a partir do advento de ideias mais modernas sobre o Processo Civil, as quais ampliaram o conceito de jurisdição, que, desta forma, passou a abranger a atividade dos árbitros<sup>5</sup>.

Cândido Rangel DINAMARCO<sup>6</sup> entende que a jurisdição é uma atividade que possui três escopos: jurídico, social e político. O primeiro significa afirmar o direito; o segundo, solucionar o conflito; e o terceiro, afirmar a soberania do Estado.

A arbitragem tem como escopo essas três atividades e, assim, caracteriza-se como jurisdição. Vejamos.

Por meio dela, o escopo jurídico é atingido, na medida em que o árbitro aponta a solução jurídica para a lide, afirmando o direito em sua sentença. O escopo social também é alcançado, visto que a sentença do árbitro põe fim ao conflito, vinculando as partes à solução dada. E, por fim, o escopo político de se afirmar a soberania do Estado é atingido, por meio do reconhecimento que dá à validade da arbitragem, o que pode ser verificado na Constituição e na legislação específica (Lei 9.307/96, Lei 11.079/04, entre outras).

Cândido Rangel DINAMARCO<sup>7</sup> ressalta que, para fins de constatação da jurisdicionalidade:

*“O que há de fundamental é o reconhecimento da função de pacificar pessoas mediante a realização de justiça, exercida tanto pelo juiz togado quanto pelo árbitro.*

(…)

*Eliminada a necessidade de homologação e portanto sendo a sentença arbitral eficaz por si própria, ela é, tanto quanto a do juiz, um ato de pacificação social e, portanto, jurisdicional (...”).*

Tal entendimento sustenta os ensinamentos de Carlos Alberto CARMONA<sup>8</sup>, que afirma ter o legislador adotado a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pois concedeu à sentença arbitral a natureza de título executivo judicial, conforme o artigo 31 da Lei 9.307/96.

---

<sup>5</sup>CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

<sup>6</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2013. p. 37-41.

<sup>7</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39 e 41.

<sup>8</sup>CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

Apesar dos argumentos contundentes de que a arbitragem é jurisdicional, ainda temos a existência da corrente contratual. Os doutrinadores que a seguem afirmam que a arbitragem nasce de uma convenção privada e, por conseguinte, os poderes dos árbitros, também. Adotam o entendimento, portanto, de que a origem dos poderes do árbitro é que define a sua natureza jurídica, sendo ela, assim, contratual<sup>9</sup>.

Este posicionamento vai de encontro com a doutrina moderna, que deixou de caracterizar a jurisdição pelos sujeitos que a exercem, para caracterizá-la a partir dos escopos da atividade exercida<sup>10</sup>.

Uma terceira corrente sobre o tema reconhece a jurisdicionalidade da arbitragem, sem deixar de lado o seu caráter contratual. Considera, assim, que a arbitragem tenha natureza híbrida, ou seja, sua origem é contratual, mas o seu objeto é jurisdicional. Este é o entendimento adotado por Selma LEMES<sup>11</sup>.

A ilustre professora, a fim de comprovar a natureza híbrida da arbitragem, complementa, ainda, que:

*“Em muitas legislações, a arbitragem encontra-se regulada no estatuto processual, mas não é o caso brasileiro em que temos o novo Código Civil disposto sobre o compromisso (arts. 851 a 853), tal como disciplinava o anterior de 1916, e a Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, que pode ser considerada como norma de Direito Processual”.*

Este será o posicionamento adotado pelo presente estudo, visto que não se pode negar a jurisdicionalidade da arbitragem, assim como não podemos nos esquecer de que ela advém da autonomia da vontade das partes.

---

<sup>9</sup>GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem:** Doutrina, Legislação e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 36.

<sup>10</sup>CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. pp. 149-151.

<sup>11</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 62.

## **2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

### **2.1. O Estado e a Administração Pública**

O presente trabalho tem como finalidade o estudo da arbitrabilidade no âmbito da Administração Pública Brasileira. Para tanto, primeiramente, devem ser feitas algumas definições conceituais.

Será adotada a diferenciação entre “administração pública” e “Administração Pública”, conforme Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO<sup>12</sup> apresenta:

*“(...) sintetiza-se o conceito de administração pública como as atividades preponderantemente executórias, definidas por lei como funções do Estado, gerindo recursos para a realização de objetivos voltados à satisfação de interesses especificamente definidos como públicos.*

*A expressão Administração Pública, bem como, abreviadamente, a Administração, como também comumente se emprega, quando venham grafadas com iniciais maiúsculas, não são designativas da atividade, mas do ente ou do órgão que exerce a gestão estatal, na acepção sujetiva de Estado-administrador ou, por vezes, de Governo, neste caso tomado em seu sentido mais estrito, excluente das atividades legislativas e jurisdicionais”.*

Assim, o Estado, nesta obra, é entendido como sendo a Administração Pública no sentido de “ente” que exerce a gestão das atividades estatais. Dividida em Administração Direta e Indireta, pode ser composta por pessoas jurídicas de Direito Público Interno e de Direito Privado.

O Decreto-lei nº 200, de 25.02.67, cuja redação atual foi dada pela Lei nº 7.596/87, em seu artigo 4º, diferencia a Administração Direta da Administração Indireta. A primeira é definida como a estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. Já a segunda é composta por autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

Apesar de o Decreto-lei nº 200 ser aplicável somente à União, os seus princípios e conceitos são seguidos pelos Estados e Municípios, de modo que estes últimos observam a estrutura básica da Administração Federal. Ou seja, os governadores ou prefeitos encabeçam a

---

<sup>12</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. p. 125.

Administração, auxiliados pelos seus respectivos Secretários de Estado ou Secretários Municipais<sup>13</sup>.

Por fim, o artigo 41, do Código Civil de 2002, define quais são as pessoas jurídicas de direito público interno, o que corresponde à Administração Pública em seu aspecto subjetivo. São elas: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, as autarquias, inclusive as associações públicas, e as demais entidades de caráter público criadas por lei.<sup>14</sup>

Para fins de estudo da arbitrabilidade no âmbito da Administração Pública Brasileira, portanto, serão todas as pessoas jurídicas de direito público acima citadas.

## **2.2. Os contratos firmados pela Administração Pública Brasileira**

Os contratos firmados pela Administração Pública dividem-se em contratos da Administração e contratos administrativos. É importante a diferenciação entre eles, para fins de determinação do regime jurídico a ser seguido.

Todos os contratos em que a Administração Pública figure como parte são contratos da Administração e podem ser regidos tanto pelo direito privado, como pelo direito público, a depender do seu objeto. Para que sejam regidos pelo direito público, o seu objeto deve envolver um interesse público; elemento, este, que caracteriza os contratos administrativos.

Assim, todo contrato administrativo é um contrato da Administração, mas não se pode afirmar o inverso. Pode ocorrer que um contrato da Administração não tenha como objeto um interesse público e, nesse caso, deverá ser regido pelo direito privado.

Cabe salientar que o objeto que caracteriza o contrato administrativo não é um simples interesse público, mas um interesse público específico, que esteja qualificado, na Constituição Federal ou na lei, como afeto ao Estado. Deste modo, é a lei que definirá se um contrato estará submetido ao regime de direito público, o que não significa que o Direito Civil terá sido derrogado.

---

<sup>13</sup>MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009. p. 64-67.

<sup>14</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 40.

Formalmente, todos os contratos firmados pela Administração Pública estão sujeitos ao direito público. No entanto, apenas aqueles que tiverem como objeto um interesse público específico estarão sujeitos, materialmente, ao direito público; enquanto que os demais deverão seguir o regime jurídico de direito privado<sup>15</sup>.

Para fins do presente estudo, o que nos interessa são os contratos administrativos, que são definidos por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO<sup>16</sup> como:

“(...)manifestações de vontades recíprocas, sendo uma delas a Administração Pública, que, integradas pelo consenso, têm por objeto a constituição de uma relação jurídica obrigacional, visando a atender, com prestações cumulativas, a interesses distintos, um dos quais é público.”

Odete MEDAUAR, por sua vez, definiu o contrato administrativo como um “módulo contratual” e o dividiu em três categorias: contratos administrativos clássicos, contratos regidos parcialmente pelo Direito Privado e figuras contratuais recentes.

Os contratos administrativos clássicos são aqueles que seguem o regime jurídico de direito público; regime, este, que vem disposto pelas leis 8.666/93 (Lei de Licitações) e 8.987/95 (Lei de Concessões).

Já os contratos regidos parcialmente pelo Direito Privado são aqueles em que se aplicam as regras da Lei 8.666/93 somente às cláusulas necessárias, às prerrogativas da Administração e à formalização. Todo o resto do conteúdo contratual é regido pelo direito privado. Exemplo deste tipo de contrato é o de locação em que o poder público é o locatário.

Por fim, as figuras contratuais recentes são novas formas de contratar adotadas pelo Estado, que não se enquadram no padrão clássico de contrato administrativo, pois adotam novos moldes, pautados no consensualismo, no acordo e na cooperação entre as partes<sup>17</sup>.

Especificando ainda mais o objeto de estudo deste trabalho, portanto, interessam, aqui, somente os contratos administrativos clássicos, que tenham como contratado um particular (setor privado) e que tenham repercussões econômicas.

---

<sup>15</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. p. 181-183.

<sup>16</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. p. 183.

<sup>17</sup>MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009. p. 214, 232-233.

Desta forma, serão estudados, basicamente, três tipos principais de contratos administrativos: de concessão de obras e serviços públicos, de consecução de obras, prestação de serviços e fornecimento de bens, e as Parcerias Público-Privadas.

### **2.3. Regime jurídico administrativo**

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO<sup>18</sup> traz definição clara e concisa de Direito Administrativo:

*“Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que estuda os princípios, regras e institutos que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade e moralidade, ao atuarem concreta, direta e imediatamente, na prossecução dos interesses públicos, excluídas as atividades de criação da norma legal e de sua aplicação judiciária contenciosa”.* (grifo nosso)

A partir desta definição, podemos concluir que no regime jurídico de Direito Administrativo existem prerrogativas e sujeições da Administração Pública. Isto é, dos princípios deste ramo do direito surgem prerrogativas da Administração frente aos administrados, que se encontram em uma relação de subordinação; no entanto, surgem, também, limitações aos poderes do Estado, que deve se sujeitar aos princípios da legalidade, legitimidade e moralidade.

Esta dinâmica do direito administrativo se dá por conta de seu desenvolvimento baseado na ideia de proteção aos direitos individuais e na necessidade de satisfação dos interesses coletivos. Desta forma, a liberdade dos administrados é assegurada pela sujeição (fundamentada no princípio da legalidade) da Administração à observância da lei. Já a supremacia do interesse público sobre o particular é assegurada por meio de prerrogativas e privilégios outorgados à Administração Pública<sup>19</sup>.

A posição de supremacia perante o particular é garantida por meio das cláusulas exorbitantes, que são as cláusulas do contrato que conferem privilégios ou prerrogativas à

---

<sup>18</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. p. 48.

<sup>19</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 60.

Administração Pública. Receberam tal denominação pois exorbitam os preceitos da teoria do contrato privado, a qual tem como fundamento a igualdade entre as partes, o que não ocorre na teoria do contrato administrativo<sup>20</sup>.

O artigo 58 da Lei 8.666/93 é fundamento legal para as cláusulas exorbitantes, visto que confere à Administração prerrogativas como: (i) modificar o contrato unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (ii) rescindir o contrato unilateralmente em casos específicos da lei; (iii) fiscalizar a execução do contrato; (iv) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; e (v) nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato.

Cumpre destacar que tais prerrogativas não andam desacompanhadas de garantias ao particular. O próprio artigo 58 estipula que deverão ser respeitados os direitos dos contratados, como o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a limitação ao acréscimo e supressão do objeto do contrato.

Por fim, para fins do presente estudo, é importante destacar que, nos contratos administrativos, apesar de grande parte das cláusulas serem regulamentares, isto é, obrigatórias por já estarem previstas por lei; estão presentes, também, as cláusulas chamadas de contratuais ou financeiras, por meio das quais as partes estipulam prazos, remunerações e outros detalhes não previstos pela lei<sup>21</sup>. Sendo assim, verifica-se correta a assertiva de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO<sup>22</sup> de que o regime público administrativo não derroga o regime privado.

O ilustre doutrinador explica com clareza a sistemática dos contratos sujeitos ao regime administrativo:

*“Na verdade, em qualquer contrato em que se disponha sobre interesses públicos, sua satisfação não será objeto de negociação consensual, uma vez que se trata de uma finalidade indisponível, entretanto, os meios e os modos de satisfazê-lo o melhor possível serão objetos discricionariamente disponíveis”.*

---

<sup>20</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009. p. 219.

<sup>21</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 275.

<sup>22</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. p. 182

Este é o principal ponto a ser a entendido a respeito do regime público administrativo. A sujeição de um contrato a ele não significa a derrogação do regime privado. Este será aplicado à parte disponível dos contratos administrativos, os quais serão especificados a seguir.

#### **2.4. A nova administração pública consensual**

Após a Segunda Guerra Mundial, o Estado do Bem-Estar Social entrou em crise, pois, no contexto da globalização e do surgimento de novas tecnologias, perdeu o poder no processo produtivo, acumulando déficits crescentes.

O Estado já não era mais capaz de atender, com um mínimo de eficiência, às demandas da sociedade, tendo em vista o grande vulto e envergadura dos empreendimentos sob sua gerência. Assim, passou-se a perceber que, em diversas ocasiões, a execução do interesse público poderia ser melhor realizada pelo capital privado, a fim de que fosse alcançada uma maior efetivação de princípios como os da eficiência, legalidade, justiça e legitimidade<sup>23</sup>.

Fez-se necessária, portanto, uma flexibilização do Direito Administrativo, para que fosse possível contratar com particulares. Desta forma, buscou-se um maior equilíbrio de interesses das partes contratantes<sup>24</sup>.

O caminho encontrado para tanto foi a adoção de uma postura consensual da Administração Pública, a qual passou a buscar formas de cooperação e colaboração na administração dos interesses públicos, bem como a adotar formas alternativas de composição de litígios.

Assim, operaram-se mudanças no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988 restringiu a participação do Estado no exercício da atividade econômica e passou a permitir a participação privada na execução de atividades que antes estavam sob o monopólio do poder público. E, no que se refere à solução de conflitos por arbitragem,

---

<sup>23</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 39.

<sup>24</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 53.

operaram-se mudanças em sua regulamentação, por meio da promulgação da Lei 9.307, de 23 de setembro, de 1996<sup>25</sup>.

MOREIRA NETO<sup>26</sup> afirma que os novos paradigmas que formam a denominada “administração consensual” é que abriram espaço para a discussão a respeito da utilização da arbitragem para dirimir conflitos oriundos de contratos administrativos.

Isso porque a nova Administração Pública consensual trouxe, além de novos princípios (ou melhor dizendo, o fortalecimento de princípios já existentes), o conceito de duplicidade de natureza do contrato público: “público, com relação aos interesses do Estado e privado, com relação aos interesses particulares”<sup>27</sup>. Grandes exemplos de contratos nesses moldes são as concessões públicas e as parcerias público privadas.

## 2.5. Contratos de concessão

A concessão é um contrato por meio do qual a Administração Pública atribui a execução de serviços públicos ao particular, que deverá arcar com os riscos e receberá remuneração advinda dos usuários. Este é o conceito amplo de concessão, que pode ser dividida em concessão translativa e concessão constitutiva<sup>28</sup>.

A concessão translativa consiste na passagem dos poderes e deveres que Administração tem, para executar um serviço público, ao particular, que os adquire inalterados. Já a concessão constitutiva corresponde à delegação ao particular, em qualidade inferior e quantidade menor, de poderes e deveres pertencentes à Administração<sup>29</sup>.

Fazem parte da primeira modalidade as concessões de obras e serviços públicos, as concessões patrocinadas e as concessões administrativas. E da segunda modalidade, a concessão de uso de bem público. Neste trabalho, serão estudados os contratos de concessão englobados pela modalidade translativa.

<sup>25</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 50.

<sup>26</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 223.

<sup>27</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 45.

<sup>28</sup>MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 13. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009. pp. 216-217.

<sup>29</sup>MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1969. V. 1. p. 490-491.

### **2.5.1. Concessão de obras e serviços públicos. Autorização da utilização da arbitragem**

Os contratos de concessão de serviços públicos são o modelo clássico de concessão e se enquadram na definição já acima explicitada.

Com relação à definição dos contratos de concessão de obras públicas, existe uma divergência na doutrina. Parte dela<sup>30</sup> entende que este tipo de concessão é sempre acessório ao contrato de concessão de serviços públicos, visto que o artigo 2º, inciso III, da Lei 8.987/95, fala em “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública”.

No entanto, a doutrina mais moderna reconhece a autonomia do contrato de concessão de obra pública, uma vez que o mesmo artigo, que dá nome ao contrato, prevê a possibilidade de que “o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”. Ou seja, após a execução da obra, a depender do caso, pode haver a prestação de um serviço público que dela dependia ou, simplesmente, a exploração econômica dela pelo particular. Mas em ambas situações, a remuneração do particular não advém do poder concedente, aspecto principal para caracterizar-se como concessão de obra pública<sup>31</sup>.

Não se pode negar, apesar das divergências doutrinárias quanto à natureza da concessão de obras públicas, que este contrato é muito semelhante ao de concessão de serviços públicos e que, portanto, submete-se às mesmas normas.

A Lei 8.987, de 10.05.1995, que disciplina ambos os tipos de concessão, dispõe em seu artigo 23-A:

*Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.*

---

<sup>30</sup>MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 1933 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 129-130.

<sup>31</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 129-130.

O referido artigo foi incluído pela lei 11.196/05, tendo em vista a grande discussão acerca do artigo 23, inciso XV, da Lei 8.987/95. Alguns afirmavam que, por prever como cláusulas essenciais a eleição de foro e a indicação de forma amigável de solução de divergências contratuais, estaria autorizado o uso da arbitragem. No entanto, outros entendiam que tal autorização deveria estar expressa e clara na lei. Assim, o legislador colocou fim à discussão, inserindo na Lei 8.987/95 o artigo 23-A.

## 2.6. As parcerias Público Privadas (PPP)

A Lei 11.079/04 define a parceria público privada como uma modalidade de contratação de concessão, que pode ser “patrocinada” ou “administrativa”. A primeira pressupõe, além da tarifa cobrada dos usuários de serviços públicos ou de obras públicas, uma contraprestação pecuniária por parte da Administração ao contratante particular. Já na segunda modalidade de concessão, a própria Administração Pública é o usuário direto ou indireto da prestação de serviços, não havendo a cobrança de tarifas, mas tão somente a contraprestação paga pelo contratante público<sup>32</sup>.

Assim, a parceria público privada é um contrato de concessão no qual existe uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, em qualquer uma das duas modalidades possíveis. Além dessa contraprestação, a Administração também assume os riscos do contrato e presta garantias de cumprimento de suas obrigações pecuniárias. Também são características peculiares ao contrato de parceria público privada: o prazo não inferior a cinco anos e o valor não inferior a vinte milhões de reais<sup>33</sup>.

Para este tipo de contrato, há previsão expressa da possibilidade da utilização da arbitragem como meio para dirimir conflitos dele decorrentes ou a ele relativos, no artigo 11, inciso III, da Lei 11.079/04.

---

<sup>32</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 145.

<sup>33</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 145.

## **2.7. Contratos de obras, prestação de serviços e de fornecimento de bens. Lei de licitação e contratos da Administração Pública**

A Lei 8.666/93 define, nos incisos de seu artigo 6º, os objetos dos contratos de obras, prestação de serviços e de fornecimento de bens:

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

*I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;*

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

*III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;”*

Os referidos contratos devem ser realizados por meio de processo de licitação pública, nos termos da lei, conforme dispõe o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal. A lei que regulamenta as licitações é a Lei 8.666/93.

Nela está previsto, em seu artigo 55, parágrafo 2º, que:

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

As exceções tratadas pelo parágrafo 6º do artigo 32 são os casos em que: (i) a licitação for internacional, para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação; (ii) a contratação for feita com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo e; (iii) a aquisição de bens e serviços for realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

A partir deste artigo, muitos entendem que seria possível a utilização da arbitragem para a solução de conflitos contratuais que contenham elemento de conexão internacional, mas que a arbitragem interna estaria vedada. No entanto, por meio de interpretação lógica, sistemática e teleológica, podemos chegar à conclusão de que tal vedação não ocorre, como será demonstrado mais adiante<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 49.

### **3. ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

#### **3.1. Histórico**

A arbitragem sempre esteve presente como meio alternativo de solução de controvérsias no cenário nacional. No entanto, a sua eleição como forma de solução de conflitos surgidos de contratos administrativos nunca foi tema livre de questionamentos e controvérsias.

A Constituição Imperial, de 1824, previa a possibilidade de se instaurar um juízo arbitral para dirimir causas cíveis e penais civilmente intentadas<sup>35</sup>. Já nesta época, a utilização da arbitragem em contratos administrativos era prevista pelo Decreto nº 7.959, de 1880, que regulamentava as concessões de estradas de ferro gerais do Império<sup>36</sup>.

Nesse período, apesar de posicionamentos contrários, utilizou-se bastante a arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos, até que, após a Primeira Guerra Mundial, o Estado passou a assumir um papel mais intervencionista e controlador. Este Estado-providência, priorizava a segurança nacional e optou por entregar a execução dos serviços públicos a empresas paraestatais, no lugar das concessionárias, o que enfraqueceu muito a utilização dos contratos de concessão e, por conseguinte, da arbitragem nos contratos administrativos<sup>37</sup>.

Com o advento da globalização e suas consequentes mudanças nas estruturas sociais e econômicas, percebeu-se que o Estado já não era mais capaz de gerir sozinho a execução dos interesses públicos e que os particulares poderiam exercer atividades da Administração Pública com maior eficiência. Nesse contexto, a concessão de serviços públicos voltou a figurar como importante instrumento na realização das atividades estatais e a arbitragem começou a ganhar mais força, tendo em vista a sua celeridade e eficiência na resolução de conflitos.

---

<sup>35</sup>No artigo 160 da Constituição de 1824 lia-se: “Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”.

<sup>36</sup> Para maior aprofundamento, vide LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 63-70.

<sup>37</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 68.

No Brasil, a concessão recebeu novas regulamentações, como a Lei 8.987/95 e a Lei 11.079/04. A arbitragem, por sua vez, foi resgatada pela Lei 9.307/96. Essas novas normas autorizam, mais do que nunca, a utilização da arbitragem nos contratos administrativos, o que vem sendo ratificado pela jurisprudência nos últimos anos.

### 3.1.1. O caso Lage

O “leading case” que consolidou o entendimento jurisprudencial quanto à constitucionalidade da arbitragem nos contratos administrativos foi o caso do Espólio de Henrique e Renaud Lage<sup>38</sup>.

O Governo Federal, por ocasião de estado de guerra, incorporou ao patrimônio nacional os bens e direitos das organizações Lage (empresas privadas do ramo da navegação e de portos) e determinou, por meio do Decreto-Lei n. 9.521 de 1946, que o valor da indenização deveria ser estipulado por um tribunal arbitral.

O mais importante a se extrair do caso são os entendimentos exarados pelo Ministro relator do caso, BILAC PINTO, de que o Estado somente não poderia dispor da arbitragem para matérias em que agisse como poder público.

Também restou claro, a partir do julgamento do caso, que a arbitragem é um instituto de Direito Privado e, portanto, regulado pelo Direito Civil e pelo Direito Processual Civil. A este último ramo do direito compete regular a capacidade processual para se submeter à arbitragem. Já ao primeiro, compete regular a capacidade civil de contratar. E são estes únicos requisitos que a Administração deve preencher para poder ser parte em um juízo arbitral<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup>Supremo Tribunal Federal. AI: 52181 GB, Relator: BILAC PINTO, Data de Julgamento: 13/11/1973, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 15-02-1974)

<sup>39</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 87-91.

### **3.2. Argumentos contrários à utilização da arbitragem nos contratos administrativos**

#### **3.2.1. A analogia entre o compromisso e a transação**

Um dos argumentos utilizados para se alegar a vedação da arbitragem nos contratos administrativos é a analogia feita entre o compromisso e a transação. A doutrina brasileira já foi muito confusa com relação a esses contratos, visto que, de fato, se assemelham em certo ponto: ambos têm como finalidade última o término do litígio entre as partes. No entanto, atualmente, não se justifica a confusão entre eles, visto que se diferem nos demais aspectos, conforme veremos.

Conforme conceitua o Código Civil de 2002, a transação consiste na prevenção ou término de um litígio, mediante concessões mútuas<sup>40</sup>. Já o compromisso, conforme definido pelo artigo 9º, da Lei 9.307/96, é o contrato por meio do qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas. Deste modo, verifica-se que, no primeiro tipo de contrato, as partes em litígio concordam em abrir mão de uma parte de seu direito, a fim de que outra parte seja preservada, colocando, assim, fim à contenda. Em momento algum, submetem-se à decisão de terceiros, como ocorre no compromisso, que, por sua vez, não põe fim à lide. É contrato em que as partes apenas concordam em afastar a jurisdição estatal.

PONTES DE MIRANDA<sup>41</sup> bem explica a ausência de relação entre as naturezas e os efeitos dos dois tipos de contrato:

*“Quem transige não se compromete; não se submete à decisão de alguém. Quem se compromete não transige, porque exige o julgamento sem nada conceder. Por isso mesmo poderes para transigir não envolvem poderes para assinar compromisso; nem poderes para assinar compromisso implicam os de transigir.”*

No entanto, conforme bem colocado por Adalberto PASQUALOTTO, “o conceito juridicamente rigoroso de transação é resultado de maturação desenvolvida ao

---

<sup>40</sup> “Art. 840. É lícito aos interessados prevenir ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

<sup>41</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2.ed. Vol. XV. p. 159.

*longo do tempo*<sup>42</sup>, bem como o conceito de compromisso; visto que os termos “transação” e “compromisso” eram muito utilizados com imprecisão técnica, para designar qualquer convenção e obrigações assumidas por alguém, respectivamente.

Por conta dessa imprecisão conceitual com relação aos dois tipos de contrato e por conta da semelhança entre as suas finalidades, surgiram entendimentos como o do doutrinador Carvalho de MENDONÇA<sup>43</sup>, segundo o qual, o compromisso seria uma espécie de gênero transação.

Inclusive, por conta de toda a confusão doutrinária, o Decreto n. 3.900, de 1867, em seu artigo 4, previa que “podem fazer compromisso os que podem transigir”. No entanto, o Código Civil de 1916 revogou tal disposição, retornando ao conceito do poder de contratar como pressuposto para poder compromissar. As normas relativas à transação deveriam ser aplicadas somente quanto fosse possível ao compromisso, não incidindo sobre o sujeito deste instituto, mas apenas sobre seu objeto (art. 1.048 do Código Civil de 1916)<sup>44</sup>.

Contudo, a falta de previsão quanto ao que se poderia submeter à arbitragem, somada à redação não muito clara do já citado artigo 1.048, levou ao entendimento equivocado de que, se a Fazenda não pode transigir, também não poderia compromissar.

Tal entendimento foi superado com o advento da Lei de Arbitragem e do Código Civil de 2002, que deixaram, definitivamente, de relacionar a transação com o compromisso e, assim, as conclusões extraídas da legislação anterior passaram a não fazer mais sentido algum. Estabeleceu-se que, para poder firmar compromisso, deve-se ter o poder para contratar e o objeto do contrato deve ser um direito patrimonial disponível<sup>45</sup>.

Aclarados os conceitos de transação e de compromisso pela legislação atual, resta evidente que, por meio deste último, a Administração Pública não estaria transigindo com o interesse público; estaria, tão somente, submetendo o conflito à jurisdição arbitral, sem realizar concessão de direitos.

---

<sup>42</sup>PASQUALOTTO, Adalberto. **Contratos Nominados III**: Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação, compromisso. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008. p. 276.

<sup>43</sup>MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. Curitiba: Typ. e Lith. a vapor Imp. Paranaense, 1908 *apud* PASQUALOTTO, Adalberto. **Contratos Nominados III**: Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação, compromisso. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008. p. 276.

<sup>44</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 71.

<sup>45</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 71.

### **3.2.2. A impossibilidade de a Administração Pública ceder sua função administrativa ao árbitro**

Outro argumento contrário à utilização da arbitragem pela Administração Pública é o de que o árbitro, ao exercer suas funções, estaria tomando para si uma prerrogativa de ordem pública, qual seja: o poder de decisão da Administração. Tal entendimento advém do artigo 795, do Regulamento Geral de Contabilidade Pública, Decreto nº 15.783, de 1922:

*“Art. 795. Aos Ministros de Estado e aos chefes das repartições cabe prover a integral execução dos contratos celebrados com a administração pública e aprovados segundo as disposições da secção precedente”.*

No entanto, a função do árbitro, de dizer o direito e dirimir o conflito no caso concreto, não pode ser confundida com aquela exercida pela Administração, que é decidir por questões que lhe são próprias<sup>46</sup>.

### **3.2.3. Necessidade da outorga de poderes especiais de mandatário para firmar compromisso**

Para argumentar em desfavor da arbitragem nos contratos administrativos, adotou-se a teoria do mandato, segundo a qual o Estado delegava poderes aos agentes públicos para que agissem em seu nome. Era uma analogia entre os poderes do mandatário civil e os poderes de contratar do gestor público. Dizia-se que, para poder firmar compromisso arbitral, os representantes do Estado deveriam ter autorização específica para tanto.<sup>47</sup>

Contudo, tal embasamento teórico é equivocado, uma vez que o Estado não tem vontade própria e, por conseguinte, não poderia outorgar mandatos aos agentes. Desta forma, a teoria que melhor explica os poderes dos agentes públicos é a teoria do órgão.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 73-74.

<sup>47</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2011.p. 524-525.

<sup>48</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2011.p. 524-525.

Segundo a teoria do órgão, os agentes públicos atuam como parte do organismo estatal, isto é, fazem parte do mesmo corpo que o Estado. Deste modo, os atos dos agentes estatais são imputados ao Estado, que deverá responder por eles.<sup>49</sup>

Assim, fica evidente que há grande diferença entre os poderes conferidos a um indivíduo pelo mandato e os poderes do gestor público. Este detém poderes de contratar que lhe são inerentes da função que exerce. Sendo assim, não necessita de autorização alguma para firmar compromisso, pois é evidente a sua capacidade para tanto.

Assim, cai por terra o argumento embasado nesta analogia.

### **3.2.4. O argumento da indisponibilidade do interesse público**

Atualmente, a indisponibilidade do interesse público é o mais utilizado argumento contrário à eleição da arbitragem como forma de dirimir conflitos advindos de contratos administrativos.

Adota tal entendimento a consagrada doutrinadora Lúcia Valle FIGUEIREDO<sup>50</sup>. Afirma que a utilização da arbitragem pela Administração Pública é uma afronta à Constituição Federal, visto que os contratos administrativos sempre envolvem o interesse público, que é indisponível, e o juízo arbitral só está autorizado a tratar de matéria patrimonial disponível.

Com a devida licença, entendemos, neste trabalho, que a posição adotada pela citada doutrinadora é equivocada, pois, ao que nos parece, não foram feitas duas distinções importantes: entre as cláusulas regulamentares e as cláusulas financeiras dos contratos administrativos; e entre interesse público primário e interesse público secundário.

É importante lembrar que os contratos administrativos são compostos por cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. Estas dispõem sobre os meios e os modos de alcançar o objeto do contrato, sendo, portanto disponíveis; e aquelas são as disposições que envolvem essencialmente o interesse público e, consequentemente, são indisponíveis. Sendo assim, pode-se concluir que é possível a utilização da arbitragem para solucionar as

---

<sup>49</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.p. 524-525.

<sup>50</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 106.

controvérsias de contratos administrativos, desde que a matéria em questão seja patrimonial e se paute nas cláusulas disponíveis<sup>51</sup>.

Já a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário tem sua importância na medida em que este é disponível e aquele é indisponível. Isso se dá ao fato de que o interesse público secundário não é um interesse público propriamente dito. É o interesse da própria Administração pública, o qual abrange, inclusive, o poder de contratar, a fim de que se possa atingir o interesse público primário.

Marçal JUSTEN FILHO<sup>52</sup> explica o despropósito que seria, caso não fosse feita a distinção entre interesse público primário e secundário:

*“Se o interesse público é indisponível a ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. Assim como a Administração Pública não disporia de competência para criar obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio consensual”.*

Portanto, não se pode afirmar que submeter controvérsias surgidas de contratos administrativos à arbitragem seja uma afronta à indisponibilidade do interesse público, visto que a matéria apreciada pelo juízo arbitral será, tão somente, aquela que envolva as cláusulas disponíveis do contrato e direitos patrimoniais.

### **3.2.5. O entendimento de Lúcia Valle Figueiredo**

Além de se pautar no argumento da indisponibilidade do interesse público, a ilustre doutrinadora justifica sua posição contrária ao uso da arbitragem pela Administração Pública, alegando que: (i) não há a possibilidade de recurso ao Judiciário, o que desrespeitaria a Constituição em seu artigo 5º, incisos XXXV, LXIX, LXX e LXXIII; (ii) as regras de competência processual relativas às questões da União são de ordem constitucional, não podendo ser derrogadas por legislação infraconstitucional<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial – 15. ed.* Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. p. 182

<sup>52</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 768

<sup>53</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 106.

Tal entendimento, no entanto, é equivocado, pois, caso sejam desrespeitadas as garantias constitucionais, o artigo 33, da Lei 9.307/96, prevê que “*a parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral*”. Assim, o afastamento da jurisdição estatal, para dirimir a controvérsia, não significa a violação de garantias constitucionais.

Cumpre ressaltar que o procedimento arbitral se pauta na igualdade de tratamento entre as partes e, portanto, não pende a favor nem do Estado, nem do particular. No juízo arbitral são adotados os mesmos princípios do Código de Processo Civil, assegurando-se o devido processo legal e as demais garantias constitucionais, por meio dos artigos 13, § 6º; 18 e 21, § 2º, da Lei de Arbitragem. Deste modo, não se verifica acertado o entendimento da professora.

Também não merece prosperar o argumento de que estariam sendo violadas as regras de competência para as causas em que a Fazenda Pública seja parte, ao se fazer a opção pelo juízo arbitral. Isso porque essas regras somente se aplicam nos casos em que a demanda será apreciada pelo Judiciário, não podendo incidir quando a Administração optar pela arbitragem<sup>54</sup>.

### 3.2.6. A necessidade de autorização legal específica

Há uma corrente na doutrina que não é totalmente contrária à eleição da arbitragem para compor conflitos que envolvam a Administração Pública. Contudo, entende que, para tanto, deveria haver autorização específica em lei, visto que, necessariamente, haverá interesse público envolvido e, por conseguinte, direitos indisponíveis também.

Este é o entendimento adotado por Luís Roberto BARROSO<sup>55</sup>, e rebatido por Paulo Osternack AMARAL<sup>56</sup> em sua tese de mestrado, explicando com propriedade que:

---

<sup>54</sup>AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e poder público:** cabimento, aspectos processuais, incidente de suspensão e mandado de segurança. 2010. 1 v. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 45.

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidade. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem.** São Paulo, n. 19, p. 415-439, jan./mar. 2003 *apud* AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e poder público:** cabimento, aspectos processuais, incidente de suspensão e mandado de segurança. 2010. 1 v. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 46.

*“Quando o litígio envolver direito indisponível, a própria Lei de Arbitragem impedirá que se lance mão da via arbitral. Logo, fica claro que já existe lei autorizando a inserção de cláusula compromissória em contratos administrativos (Lei 9.307/96), a qual continuará legitimando (ou não) a inserção da cláusula compromissória em contrato administrativo de acordo com a natureza disponível (ou indisponível) do direito invocado”.*

Seguimos a posição de Paulo Osternack AMARAL, visto que já foi dada a autorização legal, da qual afirma-se que a Administração carece, para que possa eleger a arbitragem como forma de solução de conflito. O dispositivo autorizativo é o artigo 1º, da Lei 9.307/96, segundo o qual, *“as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”*.

Não há dúvidas, portanto, de que, sendo pessoa capaz de contratar, a Administração Pública está autorizada a se valer da arbitragem, sem que haja a necessidade de legislação mais específica sobre a questão.

Os artigos 23, XV e 23-A da Lei 8.987/95, que autorizam a eleição da arbitragem como meio amigável de solução de controvérsias nos contratos de concessão seriam, inclusive, desnecessários, mas foram inseridos pelo legislador de forma didática, a título de encerrar as discussões acerca do tema. Mas a autorização dada pelo artigo 1º da Lei 9.307/96 bastaria por si só.

Assim, Hely Lopes MEIRELLES<sup>57</sup> deixa claro que “autorização legal, portanto existe. Facultativa é a sua utilização” pela Administração Pública.

### **3.3. Argumentos favoráveis à utilização da arbitragem nos contratos administrativos**

Rebatidos devidamente os argumentos contrários à utilização da arbitragem pela Administração Pública, passemos à análise dos argumentos favoráveis. Os argumentos dos itens 3.3.1, 3.3.2 e 3.3.3 são válidos tanto para a arbitragem entre particulares, quanto para a

---

<sup>56</sup>AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e poder público:** cabimento, aspectos processuais, incidente de suspensão e mandado de segurança. 2010. 1 v. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 46.

<sup>57</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 246.

arbitragem entre particular e Estado. Já no item 3.3.4 são suscitados pontos que despertam na Administração um interesse adicional pela solução de conflitos em juízo arbitral.

### **3.3.1. A arbitragem é mais célere que o processo estatal**

O Judiciário brasileiro já é famoso pela sua morosidade, que se deve a inúmeros fatores como, por exemplo: o grande número de demandas; inúmeras possibilidades de recursos, previstas pelo Código de Processo Civil; leis contraditórias e instáveis; falta de estrutura administrativa e insuficiência de juízes, dentre outros motivos<sup>58</sup>.

No juízo arbitral tamanha morosidade não ocorre, uma vez que o artigo 23, da Lei de Arbitragem, prevê que a duração máxima para dirimir os conflitos é de seis meses. Exceção a essa regra será apenas o caso de disposição em contrário, na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral, estipulada pelas partes. De qualquer forma, a duração do processo perante o juízo arbitral será menor do que a daquele perante o juízo estatal, pois aqueles que fazem uso da arbitragem frequentemente buscam soluções mais ágeis para seus conflitos, o que reforça esse caráter célere do instituto.

Assim, o uso da arbitragem evita que administração da Justiça se desgaste com os custos altíssimos causados por processos que perduram mais do que o necessário, demandando mais juízes e funcionários<sup>59</sup>. Qualquer má alocação de recursos públicos representa prejuízos para toda a sociedade, que deverá arcar com os custos financeiros<sup>60</sup>.

Por fim, pode-se afirmar que a celeridade da arbitragem gera uma maior segurança jurídica, pois, como bem observado por Selma LEMES<sup>61</sup>:

*“A morosidade da justiça é vista também como obstáculo ao desenvolvimento: diminui a atividade para os investimentos estrangeiros; aumenta a litigiosidade social com a não solução do litígio em tempo razoável: gera a descrença e confiança nas instituições do Estado”.* (grifo nosso)

<sup>58</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 170.

<sup>59</sup>GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo.** Franca: Lemoz & Cruz, 2003. p. 31.

<sup>60</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 167.

<sup>61</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 175.

### **3.3.2. As sentenças arbitrais são mais técnicas**

A Lei de Arbitragem permite às partes a escolha dos árbitros para dirimir a controvérsia. Este fato, somado à desnecessidade de formação jurídica para poder exercer a função de árbitro, resulta na confecção de sentenças mais técnicas.

Isso porque as partes estarão livres para poder escolher pessoas de sua confiança e que conheçam a fundo a matéria sobre a qual versa o litígio.

Por exemplo, no caso de empresas da construção civil em conflito por causa de uma obra, um árbitro engenheiro conseguirá tratar do tema com muito mais propriedade do que um profissional com formação em outra área. As sentenças arbitrais, dessa forma, satisfazem muito mais do que decisões menos técnicas proferidas pelos Tribunais Estatais.

Outro fator que contribui para a maior tecnicidade das sentenças arbitrais com relação às sentenças do juízo estatal é o fato de que os árbitros têm mais tempo para analisar o conflito.

Como aventado no item anterior, o Judiciário tem um imenso número de demandas, o que resulta em um grande número de processos a serem analisados por cada juiz. Enquanto que, na arbitragem, em decorrência do seu dever de revelação, o árbitro deve informar às partes a respeito de sua disponibilidade de tempo para apreciar a lide. Caso entenda que a qualidade de sua sentença será prejudicada pela falta de disponibilidade, o árbitro deverá rejeitar a demanda.

Desta forma, percebe-se que a própria essência da arbitragem favorece uma maior qualidade e tecnicidade das sentenças exaradas pelos árbitros, com relação às sentenças dos juízes estatais.

### **3.3.3. A flexibilidade do procedimento arbitral**

O artigo 21, da Lei 9.307/96 estipula que o juízo arbitral deverá obedecer ao procedimento estabelecido pelas partes. Foi lhes dada a opção, também, de delegar ao árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

Desta forma, as partes podem estipular um procedimento que melhor se adeque às necessidade de sua demanda, a fim de que se alcance o melhor resultado da melhor forma possível.

Conforme salienta o ilustre professor e orientador do presente trabalho, Fernando GAJARDONI<sup>62</sup>:

*“(...) é nesta possibilidade de manipulação do procedimento conforme a vontade das partes ou circunstâncias do caso que se aponta residir uma das grandes vantagens da arbitragem. Não me parece vedado, inclusive, que mesmo após a eleição do procedimento, ou até mesmo no início do curso do processo arbitral, possam as partes, consensualmente, aditar a convenção de arbitragem para alterar o procedimento inicialmente escolhido.”*

Tamanha liberdade procedural, em um primeiro momento, pode causar estranheza e insegurança. No entanto, está devidamente limitada pelos princípios processuais constitucionais e do devido processo legal, conforme previsto pelo parágrafo 2º, do artigo 21, da Lei 9.307/96. Ademais, depois de fixado o procedimento, qualquer violação a ele que cause prejuízo, enseja a anulação da sentença arbitral<sup>63</sup>.

Assim, a arbitragem proporciona grande liberdade às partes e ao árbitro para estabelecer o procedimento mais adequado à demanda, sem que se corra o risco de violar as garantias do processo.

Tal liberdade não se encontra no juízo estatal, em que as regras de procedimento são rígidas, havendo escassas exceções (como o art. 333 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a inversão do ônus da prova). Ironicamente, o juiz estatal, que possui competência mais abrangente que a do árbitro, não tem a possibilidade de adequação formal do procedimento às necessidades peculiares da controvérsia a ser dirimida, nem mesmo quando esta tratar de direitos patrimoniais disponíveis<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup>GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental**. São Paulo, 2007. p. 170.

<sup>63</sup>GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental**. São Paulo, 2007. p. 172.

<sup>64</sup>GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental**. São Paulo, 2007. p. 169-170.

### **3.3.4. A arbitragem diminui os custos de transação dos contratos administrativos**

A adoção da arbitragem como forma de solução de controvérsias oriundas dos contratos administrativos tem forte impacto nos custos de transação, o que resulta em benefícios para a Administração Pública.

Para justificar a assertiva acima, devemos, primeiramente, entender o que significa “custo de transação”. Seu conceito foi elaborado na década de 1930, pelo economista e ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1991, Ronald Henry Coase; e desenvolvido na década de 1970, pelo economista e ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 2009, Oliver Eaton Williamson, que retomou o trabalho de Coase e criou a Teoria da Economia dos Custos de Transação<sup>65</sup>.

Coase introduziu a teoria de que todos nós arcamos com custos ao usar os mercados. Tais custos influenciam as decisões a serem tomadas pelos indivíduos sobre como organizar as etapas de produção de bens e serviços, de modo que seja alcançado um resultado da maneira mais eficiente possível. WILLIAMSON, por sua vez, realizou estudo mais detalhado sobre o que são os custos de transação e como eles afetam o modo pelo qual os indivíduos decidem organizar as instituições, que podem ir desde o próprio mercado até contratos de longo prazo (como, por exemplo, os contratos administrativos ora estudados)<sup>66</sup>.

Em sua teoria, WILLIAMSON chegou à conclusão de que os custos de transação têm origem em comportamentos humanos e em características intrínsecas ou materiais da transação econômica. Para fins do presente estudo, são os custos de transação oriundos do comportamento humano, não cabendo nos aprofundarmos nos demais.

Os custos de transação oriundos do comportamento humano são o oportunismo e a racionalidade limitada. O primeiro significa que os agentes econômicos, por avistarem vantagens mais interessantes do que aquelas trazidas pelo contrato, podem rompê-lo, não se importando com o ônus deste rompimento. Já o segundo comportamento diz respeito à

---

<sup>65</sup>PESSALI, Huáscar Fialho. “Custos de Transação”. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **O que é análise econômica do direito:** Uma Introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 80.

<sup>66</sup>PESSALI, Huáscar Fialho. “Custos de Transação”. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **O que é análise econômica do direito:** Uma Introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 80-81.

capacidade limitada do ser humano de prever todos os possíveis futuros problemas de um contrato<sup>67</sup>.

O papel do Direito, segundo a Teoria da Economia dos Custos de Transação, é justamente mitigar os problemas trazidos pelo oportunismo e pela racionalidade limitada. Assim, cabe às instituições jurídicas (a Justiça e a Lei) fazer com que o oportunismo não valha a pena. Para tanto, o rompimento do contrato deve ser regulamentado de tal forma que seja oneroso o suficiente para que supere os benefícios trazidos por uma eventual atitude oportunista dos agentes. E o direito contratual deve se ocupar de preencher as lacunas dos contratos, fazendo cumprir os princípios da boa-fé contratual, do *pacta sunt servanda* e com que os inadimplementos sejam resarcidos, mitigando, assim, a racionalidade limitada presente na formação contratual<sup>68</sup>.

A racionalidade limitada e o oportunismo geram custos às transações, uma vez que causam problemas nas relações contratuais, os quais deverão ser corrigidos, ocasionando gastos para os agentes. Desta forma, são componentes levados em consideração no momento da confecção dos contratos, tendo em vista o seu impacto direto na equação econômica contratual.

Ao formularem um contrato, as partes preveem, na medida do possível (devido à racionalidade limitada), os custos e os benefícios decorrentes da relação contratual e procuram alocar seus recursos da forma mais eficiente para chegar ao resultado que desejam.

A eficiência, aliada à eficácia e à vigência das normas jurídicas faz parte do caminho a ser traçado, a fim de que sejam alcançados os melhores resultados com os menores custos de transação possíveis. Isso significa dizer que, durante a execução do contrato, o rendimento e a produtividade devem ser máximos, não existindo espaço para erros e perdas<sup>69</sup>.

Uma norma jurídica é eficiente quando, além de vigente e eficaz, prevê aspectos econômicos do meio a que será aplicada. Assim, contratos eficientes são aqueles em que estão previstas salvaguardas dos custos de transação. Isto é, contratos que estipulam formas de proteção contra eventuais riscos advindos de sua execução. Um exemplo de risco que

---

<sup>67</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 162.

<sup>68</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 163.

interessa ao presente trabalho são as ações judiciais, que demoram demais, aumentando, assim, os custos de transação.

Arnoldo WALD<sup>70</sup> salienta que “*não se trata de fazer prevalecer a eficiência sobre a justiça, pois tanto é perversa a eficiência injusta quanto a justiça ineficiente*”. Nada mais conveniente do que esta colocação para que seja demonstrada a pertinência da utilização da arbitragem nos contratos administrativos.

Isto porque os particulares consideram na equação econômica contratual os custos das possíveis demandas judiciais decorrentes do contrato firmado com a Administração. Entram na conta não só as custas e os honorários advocatícios e periciais, mas, também, o tempo.

Como bem colocado por Selma LEMES<sup>71</sup>:

“(...) é ilusória a afirmação de que os custos judiciais são menores quando comparados com os do processo arbitral comparando-se aqui o valor nominal. Há outros valores a serem considerados, pois o tempo corrói as relações jurídicas.”

Os ganhos com uma demanda no Judiciário, que leva anos para ser sentenciada, podem despencar para zero, a depender da inflação da economia e da indexação utilizada pelos tribunais.

Assim, a arbitragem, por ser um procedimento mais célere e especializado do que aquele do Judiciário, proporciona uma justiça mais eficiente, o que diminui os custos de transação de um contrato que a adote como forma de resolução de conflitos.

No contexto da equação econômico financeira do contrato, se os custos de transação diminuem, o preço a ser oferecido pelo particular à Administração Pública diminue, também. Das vantagens trazidas pela arbitragem no contexto dos contratos administrativos, esta é a principal delas. Portanto, é de extremo interesse da Administração que o agente privado, ao firmar contratos com ela, possa considerar a possibilidade de eleição do juízo arbitral para dirimir controvérsias<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup>WALD, Arnoldo. **A arbitragem contratual e os dispute boards**. RAM 6:9/24, jul./set., 2005.

<sup>71</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 167.

<sup>72</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 167.

### **3.4. Os ensinamentos paradigmáticos de CASTRO NUNES e de Themístocles Brandão CAVALCANTI**

CASTRO NUNES e Themístocles Brandão CAVALCANTI foram importantes doutrinadores, cujas ideias, já na década de 1950, apoiavam a eleição da arbitragem como meio de resolução de conflitos nos contratos administrativos. Seus ensinamentos foram paradigmáticos, sendo que os do primeiro foram, inclusive, seguidos pelo STF no “caso Lage”, precedente do entendimento da Corte quanto à possibilidade da utilização da arbitragem pela Administração Pública.

CASTRO NUNES<sup>73</sup> entendia que a disciplina arbitral é regulada pela legislação civil e processual civil, e que não existe vedação expressa à arbitragem em conflitos que envolvam a Fazenda. Também entendia poder ser utilizado o juízo arbitral para dirimir questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis em contratos administrativos.

Por sua vez, Themístocles CAVALCANTI<sup>74</sup>, como Consultor Geral da República, deu seu parecer em um caso que envolvia a União e o Estado do Paraná, no qual se disputavam bens imóveis públicos. Afirmou que deveria haver lei específica autorizando a resolução da controvérsia, em questão, por arbitragem.

Este seu posicionamento foi, equivocadamente, adotado como argumento de que deveria haver lei especial autorizando a arbitragem em todos os conflitos em que a Administração estivesse presente. No entanto, Themístocles CAVALCANTI somente exarou referido entendimento, pois, no caso particular, tratava-se de direitos patrimoniais indisponíveis, vez que os imóveis em disputa eram públicos.

Em verdade, quanto à adoção da arbitragem nos contratos administrativos, CAVALCANTI<sup>75</sup> mostrava-se extremamente favorável, inclusive, incentivando a prática:

*“Ora, sendo o juízo arbitral uma solução aceita pelas partes, criada ou admitida pela lei, nenhum conflito pode haver quanto à sua aceitação como procedimento normal e legítimo da Administração.”*

---

<sup>73</sup>CASTRO NUNES, José de. **Da Fazenda Pública em juízo.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. P. 279-291 *apud* LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 79.

<sup>74</sup>CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Concessão de Serviço Público. Encampação. Juízo arbitral.** RDA, 45:517, jul./set., 1956 *apud* LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 81.

<sup>75</sup>CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Concessão de Serviço Público. Encampação. Juízo arbitral.** RDA, 45:517, jul./set., 1956 *apud* LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 81.

## **4. COMPATIBILIDADE DA ARBITRAGEM COM OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

### **4.1. O princípio da indisponibilidade do interesse público e arbitragem. Interesse público primário e interesse público secundário**

Primeiramente, para fins de análise da compatibilidade da arbitragem com o princípio da indisponibilidade do interesse público, devemos conceituar o que é interesse público.

A sua definição é de extrema importância, tendo em vista que os atos da Administração objetivam atendê-lo, pautando-se, para tanto, nos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público. Celso Antônio Bandeira de MELLO<sup>76</sup> exalta a relevância do interesse público para o Direito Administrativo, explicando que:

*“Se fosse necessário referir algo para encarecer-lhe o relevo, bastaria mencionar que, como acentuam os estudiosos, qualquer ato administrativo que dele se desencontre será necessariamente inválido”.*

Apesar de sua tamanha relevância, o interesse público nunca teve um conceito exato. No entanto, com o advento da administração pública consensual, que modificou as relações entre o Estado e os particulares (aos quais passou a ser delegada a execução do interesse público, quando pudesse ser melhor realizada por eles)<sup>77</sup>, a doutrina passou a convergir na direção dos ensinamentos do jurista italiano Renato Alessi.

Seguindo as lições de Alessi, Celso Antônio Bandeira de MELLO<sup>78</sup> entende que:

*“O interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.*

---

<sup>76</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.58.

<sup>77</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40.

<sup>78</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.61.

Explica que não pode existir interesse público completamente discordante dos interesses de cada um dos membros da Sociedade, uma vez que estes formam o primeiro. Desta forma, a doutrina atual começa a deixar para trás a antiga contraposição, que se acreditava existir, entre interesses públicos e interesses privados; e o próprio legislador passa a identificar o interesse público com o bem geral da sociedade, e não mais com o interesse do Estado<sup>79</sup>.

Antes, qualquer interesse do Estado era identificado como interesse público. Contudo, tal entendimento não levava em consideração o fato de que o Estado tem como interesse a satisfação do bem geral da sociedade, mas, também, o de administrar o seu aparelhamento, a fim de que alcance o seu objetivo. Atento a este fato, Renato Alessi dividiu o dito interesse público em interesse público primário e interesse público secundário.

Adotando as lições do jurista italiano, o ilustre doutrinador Hugo Nigro MAZZILLI<sup>80</sup> explana a diferença entre os dois tipos de interesse público. O primeiro corresponde ao bem geral da sociedade; o segundo, ao modo pelo qual os entes administrativos alcançam o interesse primário.

Cabe destacar que, por serem distintos, nem sempre interesse público primário e interesse público secundário coincidirão e, assim, a Administração deverá optar por privilegiar um deles. No caso de divergência, portanto, Renato ALESSI<sup>81</sup> elucida que:

*“Mesmo podendo se conceber um interesse, secundário, da administração considerada como aparato organizativo, este não poderia ser realizado se não em caso de coincidência com o interesse primário.”* (tradução livre)

Da lição do jurista italiano, depreende-se que o interesse público primário, por ser privilegiado em detrimento do interesse público secundário, tem caráter indisponível. Já o

---

<sup>79</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.62.

<sup>80</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49.

<sup>81</sup>ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. v. I. Milano: Giuffrè. 1966. p. 201 apud MORETTI, Natalia Pasquini. “Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público”. In: Thiago Marrara. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1, p. 460.

interesse secundário da Administração tem caráter disponível, visto que pode ser posto de lado quando conflitar com os interesses do bem geral da sociedade.

A disciplina jurídica diferenciada (indisponibilidade) do interesse público primário lhe é conferida por conta de sua qualificação legal como tal.<sup>82</sup> O legislador é quem define se determinado interesse é um bem geral para a sociedade. Dessa disciplina jurídica diferenciada faz parte o princípio da indisponibilidade do interesse público, que, segundo Natalia Pasquini MORETTI, corresponde à “vedação de o administrador público dispor do interesse público primário conforme a sua própria vontade, pois está vinculado ao dever de satisfazer o interesse da coletividade preconizado no ordenamento jurídico”<sup>83</sup>.

Desta forma, o princípio da indisponibilidade do interesse público incide somente sobre o interesse público primário. Este é o ponto crucial a ser entendido, a fim de que se possa explanar por que a utilização da arbitragem nos contratos administrativos não viola o referido princípio.

Como bem explica Selma LEMES<sup>84</sup>, “é neste segundo estágio de atuação da Administração, na persecução do interesse público derivado, que reside a zona de influência da arbitragem”.

Portanto, ao ser adotada como forma de solução de controvérsias oriundas de contratos administrativos, a arbitragem apreciará matéria referente apenas ao interesse público secundário. Isso porque os contratos administrativos são um instrumento utilizado pela Administração Pública com a finalidade de operacionalizar os interesses de gestão do aparelho estatal (que são disponíveis), de forma que sejam atingidos os interesses primários.<sup>85</sup>

Resta evidente, assim, a compatibilidade da arbitragem com o princípio da indisponibilidade do interesse público, visto que este não abrange os interesses públicos secundários, os quais são a matéria apreciada pelo juízo arbitral.

---

<sup>82</sup>NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.p. 63.

<sup>83</sup>MORETTI, Natalia Pasquini. “Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público”. In: Thiago Marrara. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo:** legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1, p. 460.

<sup>84</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 130.

<sup>85</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 135.

## **4.2. O princípio Constitucional da legalidade administrativa e o art. 1 da Lei 9.307/96**

O artigo 1º da Lei de Arbitragem autoriza qualquer pessoa que possa contratar a se valer da arbitragem. Não distingue pessoa física de jurídica e, muito menos, pessoa privada de pública. Deste modo, por meio de uma interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico brasileiro, chega-se à conclusão de que a arbitragem pode ser utilizada como meio de resolução de conflitos em qualquer ramo do Direito, inclusive o Administrativo<sup>86</sup>.

O princípio constitucional da legalidade vem expressamente previsto pelo artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Nesse mesmo dispositivo e em todo o resto da Carta Magna, encontram-se muitos outros princípios, que não podem ser ignorados, afim de que seja realizada a mais correta interpretação das normas. Assim, o princípio da legalidade deve ser interpretado em conjunto com os demais princípios do ordenamento jurídico brasileiro, sejam eles explícitos ou implícitos<sup>87</sup>.

Nesse sentido, Irene Patrícia NOHARA<sup>88</sup> bem anota que:

*“(...) pelo conteúdo mais atualizado da legalidade, especialmente a partir do pós positivismo e da nova hermenêutica, a moldura do Direito não abrange apenas as regras jurídicas previstas, sendo também ilegais ações administrativas que se desviem dos princípios, uma vez que, conforme exposto, estes também possuem caráter normativo”*

Se aplicássemos o princípio da legalidade sem levar em conta todo o sistema jurídico a sua volta, chegaríamos à conclusão equivocada de que a Administração precisaria de autorização legal para cada ato que desejasse realizar. Neste caso, ocorreria, em contrapartida, a violação de outros princípios, como o da eficiência, da economicidade, da proporcionalidade, da razoabilidade e da finalidade<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. P. 94-95.

<sup>87</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 95-96.

<sup>88</sup>NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2011. p 67.

<sup>89</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 97.

Desta forma, a legalidade a que se vincula a Administração Pública não é aquela na qual se extrai o significado do texto legal pura e simplesmente. Mas sim, aquela na qual é feita uma redução teleológica da norma, levando-se em consideração o texto legal e os princípios do ordenamento jurídico<sup>90</sup>.

É por meio da interpretação sistemática e teleológica que se alcança a verdadeira finalidade da regra, a qual deve encontrar-se sempre de acordo com os preceitos do Estado Democrático de Direito<sup>91</sup>.

Portanto, resta evidente a inaplicabilidade da interpretação restritiva do princípio da legalidade, por meio da qual se alega ser necessária autorização por lei especial para que controvérsias que envolvam o Poder Público possam ser dirimidas por arbitragem.

A esse respeito, bem coloca a ilustre professora SELMA LEMES<sup>92</sup>:

*“distinguir e vedar a atuação do Estado, impedir que este solucione litígios por arbitragem para as controvérsias originárias de contratos administrativos e que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis representa desconsiderar o comando legal previsto pelo artigo 1º, da Lei n. 9.307/96”, o que seria uma ilegalidade e, também, uma inconstitucionalidade, pois estariam sendo desconsiderados os demais princípios constitucionais aos quais a Administração é afeta.”*

Os objetivos da Administração têm como prioridade os direitos dos cidadãos, os quais estão consagrados pela Constituição Federal. Assim, aplicar o princípio da legalidade de forma justa significa dar vigência a ele em conjunto com os demais princípios e normas do ordenamento, a fim de que sejam efetivamente satisfeitos os direitos dos cidadãos<sup>93</sup>.

Entendemos, portanto, que a interpretação de que o art. 1º da Lei de Arbitragem abrange a Administração Pública direta e indireta contém a forma mais justa de aplicação do princípio da legalidade. Isso porque, junto a ele, aplicam-se os demais princípios norteadores da Administração Pública<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup>CABRAL DE MONCADA, Luís. **Estudos de direito público:** os princípios gerais de direito e a lei. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 422 *apud* LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 101.

<sup>91</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 97.

<sup>92</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 99.

<sup>93</sup>BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro Campus, 1992, p. 3.

<sup>94</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 106.

A conformidade desta interpretação do artigo 1º com a reserva legal, está no fato de que o dispositivo não veda a participação da Administração na arbitragem. O que o princípio da legalidade proíbe é que a Administração contrarie a lei e não é o que ocorre neste caso<sup>95</sup>.

Já os demais princípios, como o da proporcionalidade, da razoabilidade, da eficiência, e da adequação, entre, outros, são postos em prática na medida em que a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos proporciona benefícios que serão demonstrados mais adiante.

#### **4.3. Princípio da eficiência**

O princípio da eficiência está previsto pelo artigo 37, da Constituição Federal. Dispõe, como meta da Administração Pública, atingir os melhores resultados, valendo-se dos meios à sua disposição, ao menor custo possível. Em outras palavras, este princípio prega a busca pelo melhor resultado na gestão dos recursos públicos, da forma mais célere e econômica possível.

José Afonso da SILVA<sup>96</sup> entende que o significado de eficiência é:

*“(...) fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado.”*

Irene NOHARA<sup>97</sup>, por sua vez, enfatiza que:

*“(...) a ideia de eficiência administrativa não deve se pautar apenas no aproveitamento de meios e recursos colocados à disposição dos agentes públicos; deve também abranger a relação dos meios utilizados e dos resultados obtidos em face das necessidades públicas existentes”.*

---

<sup>95</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 107.

<sup>96</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 671.

<sup>97</sup>NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.p. 89.

Assim, depreende-se que fator essencial a ser analisado, a fim de que a Administração atue com maior eficiência, é o custo dos meios empregados por ela com relação aos benefícios obtidos para a sociedade.

Conforme já autorizado e enfatizado pelas leis do ordenamento jurídico brasileiro, a Administração Pública tem à sua disposição, como meio para satisfazer as necessidades públicas, a arbitragem. E esta não poderia ser instrumento mais de acordo com o princípio da eficiência, visto que, conforme analisado no item 3.3., ela diminui os custos de transação do contrato administrativo, além de ser célere e efetiva na promoção da justiça (por meio da adequação do procedimento às demandas e das sentenças técnicas).

Encontramos na arbitragem, desta forma, um instrumento da Administração Pública que não só atinge o objetivo imediato de solucionar a controvérsia, como também traz benefícios para a sociedade, por conta das suas vantagens com relação ao juízo estatal.

## **5. ARBITRABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA. O CABIMENTO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Do artigo 1º da Lei de Arbitragem podemos extrair dois conceitos: o de arbitrabilidade subjetiva e o de arbitrabilidade objetiva. A primeira corresponde às “pessoas capazes de contratar”. A segunda, aos “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

### **5.1. Arbitrabilidade subjetiva**

Conforme se depreende da leitura dos artigos 1º, da Lei 9.307/96, e 851, do Código Civil, toda pessoa capaz de contratar está autorizada a valer-se da arbitragem para a solução de controvérsias.

A Administração Pública inclui-se como autorizada a valer-se da arbitragem, visto que o artigo 41 do Código Civil dispõe que os entes administrativos são pessoas jurídicas de direito interno. Sobre eles incide, portanto, a norma do artigo 1º, do mesmo código, a qual determina que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. E, sendo capaz de direitos e deveres, logicamente, é capaz de contratar.

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO<sup>98</sup> conclui, desta forma, que:

*“(...) a competência para negociar e contratar a respeito de interesses patrimoniais disponíveis de administração pública implica na correlata competência para pactuar preventivamente a solução de controvérsias por meio de arbitramento”*

Tal entendimento é acompanhado por Selma LEMES<sup>99</sup>, que afirma de forma contundente que:

*“O Estado como pessoa jurídica de Direito Público e Privado (sociedade de economia mista e empresa pública) tem capacidade legal para assumir obrigações,*

---

<sup>98</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem nos contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 209, p. 89, jul./set. 1997.

<sup>99</sup> LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 42.

*direitos e responsabilidades e, por consequência, firmar contratos com particulares.”*

Completa a ilustre professora que, historicamente, a capacidade para dirimir conflitos por meio da arbitragem sempre esteve relacionada à capacidade para contratar, sem que houvesse qualquer forma de restrição. A aparente exceção a esta regra foi o Decreto n. 3.900, de 26/06/1867, que estipulava que “podem fazer compromisso todos os que podem transigir”<sup>100</sup>.

Conclui-se, portanto, que não existem óbices quanto à arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública. O único requisito subjetivo para poder valer-se da arbitragem é a capacidade de contratar, a qual é conferida à Administração Pública pelo ordenamento jurídico.

## **5.2. A arbitrabilidade objetiva**

### **5.2.1. A matéria a ser submetida à arbitragem**

A arbitrabilidade objetiva diz respeito à matéria que pode ser submetida à arbitragem. Conforme dispõe o artigo 1º da Lei 9.307/96, tal matéria deve limitar-se a direitos patrimoniais disponíveis.

Assim, os critérios objetivos para que se possa valer da arbitragem são dois: a patrimonialidade e a disponibilidade. No entanto, quando o litígio envolve a Administração Pública, existe uma variante a mais que deve ser levada em consideração para definir a disponibilidade do direito patrimonial, qual seja, o interesse público. Este é um dos elementos que norteiam os atos da Administração e não pode ser esquecido durante o procedimento arbitral<sup>101</sup>.

### **5.2.2. Os direitos patrimoniais disponíveis**

---

<sup>100</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 117.

<sup>101</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 124.

Como bem define Selma LEMES<sup>102</sup>, “direitos patrimoniais disponíveis são aqueles que as partes e seus detentores têm a livre disposição, para praticar atos da vida civil, tais como alienar, vender, etc”. Esses direitos tutelam interesses individuais e negociáveis, ao contrário dos direitos indisponíveis, que tutelam interesses mais abrangentes e gerais, como os familiares e sociais e, por isso, não podem ser alienados como os primeiros.

A Administração Pública tem como objetivo maior a satisfação do interesse público, o que não significa que todas as suas atividades estejam sujeitas ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Conforme vimos no capítulo anterior, tal princípio incide somente sobre as questões que envolvem o interesse público primário, não abrangendo questões de interesse público secundário.

Cumpre ressaltar pertinente comentário de Cândido Rangel DINAMARCO<sup>103</sup>:

*“Também os arts. 100 e 101 do Código Civil lançam luzes sobre a questão da disponibilidade dos bens públicos ao estabelecerem que os de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis. (art. 100), sendo alienáveis os dominicais (art. 101). É muito importante repudiar, com Eros Roberto Grau, ‘o erro, muito comum, de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração’ ”.*

Sendo assim, para fins de disponibilidade, devemos considerar qual o tipo de interesse público que está relacionado ao direito em questão. Os direitos patrimoniais relativos ao interesse público secundário são disponíveis, não existindo óbices para que sejam matéria de juízo arbitral, mesmo que estejam ligeiramente associados à Administração.

## **6. A competência do árbitro nos contratos administrativos**

Conforme o artigo 18, da Lei de Arbitragem, “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação do Poder Judiciário”. Assim, o árbitro tem os mesmos poderes do juiz togado, com exceção ao poder de polícia;

---

<sup>102</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 124.

<sup>103</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2013. p. 91.

visto que não pode determinar atos de constrição. No entanto, quando há a participação da Administração na controvérsia a ser dirimida, devemos nos atentar a limitações específicas da competência do árbitro para apreciar a lide.

Como bem define Selma LEMES<sup>104</sup>:

*“Compete ao árbitro em questões atinentes aos contratos administrativos esclarecer e decidir sobre as controvérsias que lhe forem submetidas e que, na linha do anteriormente aduzido, dizem respeito aos direitos patrimoniais disponíveis regulados no contrato administrativo”.*

Somam-se à competência comumente atribuída ao árbitro, pela Lei 9.307/96, contornos especiais, devido à presença da Administração Pública no litígio a ser dirimido. Vejamos.

### **6.1. Impossibilidade de apreciação do mérito do ato administrativo**

O árbitro não poderá apreciar o mérito do ato administrativo, uma vez que este exclui qualquer tipo de jurisdição, seja estatal, seja arbitral.

Carlos Alberto de SALLES<sup>105</sup> explica que o ato administrativo, “sendo significativo, exatamente daquele espaço de discricionariedade deixado por lei ao Administrador, é certo não permitir-se sua apreciação tanto em juízo, quanto na arbitragem”. Caso contrário, o juízo arbitral estaria desrespeitando o poder de decisão da Administração Pública.

Não cabe ao árbitro apreciar se a Administração, valendo-se das prerrogativas a ela dadas pelas cláusulas exorbitantes, agiu bem ao exigir algo do contratado ao longo da execução do contrato. O árbitro, assim como o juiz, não pode analisar a pertinência da decisão da Administração, mas cabe a ele decidir se tal decisão afeta economicamente o contrato e se enseja resarcimento ao contratado<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 143.

<sup>105</sup>SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos.** São Paulo: Forense, 2011. p. 260.

<sup>106</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. P. 146-147.

Para ilustrar a hipótese, imaginemos que exista divergência com relação às tarifas ajustadas em um contrato de concessão de serviços. Caso a controvérsia se refira à interpretação das cláusulas contratuais que estipulam as bases para o cálculo das tarifas, o árbitro estará autorizado a apreciá-la, visto que a matéria é disponível. No entanto, se o litígio for relativo à revisão das bases pactuadas conforme dispuseram a Administração e o contratado, a jurisdição do árbitro estaria afastada, uma vez que qualquer alteração das bases alteraria o contrato, prejudicando, assim, o interesse público<sup>107</sup>.

Geralmente, as questões referentes às fases de execução e rescisão dos contratos administrativos são de natureza patrimonial e de interesse da Administração e não, da sociedade. Portanto, são disponíveis e podem ser apreciadas em juízo arbitral. No entanto, o mérito de atos administrativos, em qualquer fase contratual, de acordo com Carlos Alberto de SALLES:

“(...)constitui um limite à arbitragem, colocando-se de forma idêntica em relação ao Judiciário. Vale de todo modo, a advertência quanto a invalidade da convenção ou sentença arbitral desconformes a esse limite”.<sup>108</sup>

## 6.2. Impossibilidade de decisões por equidade

As decisões por equidade são aquelas em que o árbitro, entendendo que as normas de direito existentes não proporcionariam a solução mais justa possível ao conflito, as afasta e decide com base em seu leal saber e entender. A Lei 9.307/96, em seu artigo 2º, autoriza a sua utilização na arbitragem<sup>109</sup>.

No entanto, o parágrafo primeiro do próprio artigo limita a escolha do direito a ser aplicado na arbitragem à ordem pública. Tal limitação estaria sendo extrapolada pelo árbitro que decidisse, com base na equidade, controvérsias relativas a contratos administrativos.

O próprio conceito de decisão por equidade, compreende a impossibilidade de o árbitro valer-se dela para dirimir controvérsias envolvendo a Administração. O afastamento

---

<sup>107</sup>LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. P. 146-147.

<sup>108</sup>SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. São Paulo: Forense, 2011. p. 261.

<sup>109</sup>CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.307/96. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 65.

do direito positivo é totalmente incompatível com o princípio da legalidade, ao qual a Administração está vinculada, segundo o artigo 37, da Constituição Federal<sup>110</sup>.

Caso a Administração optasse pela decisão por equidade do árbitro, estaria afastando as normas do direito posto e atuando em sentido contrário aos seus princípios norteadores. Evidente, portanto, a violação à ordem pública.

Cumpre, ainda, registrar a opinião de Carlos Alberto CARMONA<sup>111</sup> a respeito da arbitragem por equidade:

*“Numa visão francamente realista, não se pode deixar de notar que a arbitragem ex aequo et bono submete as partes a sérios riscos, pois o que parece justo a elas pode não parecer ao árbitro (e vice-versa). Assim, podendo ser negligenciadas limitações legais e regras de direito material, a decisão assemelha-se a um verdadeiro barril de pólvora, sobre o qual placidamente resolvem sentar-se as partes!”*

Ou seja, se a equidade já se configura um grande risco aos particulares, não podemos nem imaginar os riscos que configuraria à Administração Pública.

### **6.3. Impossibilidade de sanções de polícia administrativa**

A Lei de Licitações prevê a possibilidade de aplicação de sanções administrativas ao contrato firmado com a Administração. Elas dividem-se em dois tipos distintos de sanção.

Aquelas previstas pelos artigos 86 e 87, inciso II da lei correspondem a sanções de natureza contratual, visto que sujeitam o contratado a multas previstas no instrumento convocatório ou no contratado. Sendo assim, são passíveis de apreciação pelo árbitro.

Já as demais sanções previstas pela lei são de fato infrações administrativas, prevendo punições ao contratado como advertência, suspensão temporária da possibilidade de participar em licitação, o impedimento de contratar com a Administração e a declaração de inidoneidade. Com relação a esse tipo de sanção, o árbitro não tem competência para dirimir litígios, visto que não se encontram na esfera contratual.

---

<sup>110</sup>SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. São Paulo: Forense, 2011. p. 263.

<sup>111</sup>CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 67.

Como bem colocado por Carlos Alberto de SALLES<sup>112</sup>:

*“(...) para fins de arbitrabilidade, é preciso discernir entre a sanção exclusivamente contratual daquelas que constituem infração administrativa, inserindo-se, portanto, na esfera do poder de polícia da Administração. A sanção da primeira espécie, em razão de ser aplicada dentro do escopo do contrato, mostra-se sujeita a eventual impugnação perante o juízo arbitral. Contrariamente, as da segunda espécie, por constituírem infração administrativa, pertencem a um âmbito de indisponibilidade normativa da Administração, não podendo incluir-se no objeto do contrato e dentro dos limites de solução de controvérsias”.*

Assim, a competência do árbitro, neste caso, está limitada às sanções estipuladas dentro do bojo do contrato administrativo. Aquelas sanções que advém do poder de polícia administrativo afastam a jurisdição do árbitro.

---

<sup>112</sup>SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. São Paulo: Forense, 2011. p. 266.

## **7. O ATUAL POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL**

### **7.1. Tribunal De Contas Da União**

A jurisprudência brasileira tem se mostrado favorável à utilização da arbitragem pela Administração Pública nos últimos anos. Exceção é ainda o Tribunal de Contas da União, que sempre assumiu posição contrária radical quanto ao tema.

O Tribunal de Contas da União passou a reconhecer a possibilidade de utilização da arbitragem em controvérsias que envolvem a Administração Pública, mas desde que sejam respeitados os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.<sup>113</sup> No entanto, a interpretação adotada com relação aos citados princípios é extremamente restritiva, conforme se verifica nos entendimentos exarados pela Corte nos últimos anos.

Conforme se verifica a partir dos trechos de acórdãos abaixo, o Tribunal de Contas da União veda a arbitragem em contratos administrativos, entendendo que ela seja cabível apenas em contratos da Administração regidos pelo direito privado.

Em acórdãos recentes, o TCU mostrou-se extremamente contrário à arbitragem nos contratos administrativos, apesar da aparente abertura ao reconhecer a disponibilidade dos interesses públicos secundários.

Em 2008, o TCU<sup>114</sup> ainda adotava posição radical:

“Nesse contexto, parece-nos descabida a possibilidade de interpretar a cláusula da Lei de Concessões como uma possibilidade de utilização do instituto da arbitragem. Com efeito, não cabe ao administrador público a discricionariedade de optar ou não pela arbitragem, dispondo sobre o patrimônio público ou o interesse público, bem como afastar a tutela jurisdicional, em se tratando de um contrato administrativo de direito público. Somente em contratos em que a Administração se iguala ao particular, como naqueles regidos por normas de direito privado - como contratos de seguro, de financiamento, de locação (em que o poder público seja locatário), conforme o disposto no art. 62, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.666/93 - seria defensável a utilização da arbitragem diante da natureza disponível do negócio jurídico.”

---

<sup>113</sup> TCU, Processo TCn. 006.0986/93-2. Relator Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, Decisão n. 188/95

<sup>114</sup> TCU, Processo TCn. 005.605/2002-9. Relator Min. Marcos Vinicios Vilaça, Acórdão 391/2008.

Em 2013, não observamos mudanças no entendimento do TCU<sup>115</sup>:

“Deve-se ter em mente que, em face dos princípios que regem o direito administrativo e da falta de disposição legal permissiva, é vedada a aplicação de juízo arbitral em contratos sob o regime jurídico-administrativo, conforme jurisprudência consolidada do TCU.”

Verifica-se que o Tribunal de Contas da União adota interpretações restritivas com relação aos princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade; justamente aquelas interpretações combatidas neste trabalho.

## 7.2. Jurisprudência brasileira

Correta a assertiva de Selma LEMES<sup>116</sup>, ao definir que as decisões judiciais brasileiras, atinentes ao tema ora estudado, qualificam-se como bens públicos:

*“São [as decisões recentes emitidas pelo judiciário brasileiro], indubitavelmente, bens públicos, ao tratar de assunto controvertido e produzem externalidades positivas ao esclarecer que a Administração Pública indireta, quando firma contratos com convenção de arbitragem, deverá honrar o avençado, não podendo invocar sua condição de sociedade de economia mista para inquinar de invalidade a arbitragem e submeter a questão ao Judiciário”.*

A jurista baseia-se em duas decisões, uma oriunda do Tribunal de Justiça do Paraná<sup>117</sup> e outra proferida pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>118</sup>, ambas datadas de 2005. No primeiro caso, o entendimento dos desembargadores foi no sentido de que não se pode, por via oblíqua, tentar alterar todo o regime jurídico da Lei 9.307/96. Isto porque uma das partes, sociedade de economia mista, foi obrigada a submeter à arbitragem o litígio, ao invés de submetê-lo ao Poder Judiciário, conforme a convenção arbitral. Quando ao segundo caso, firmou o STJ entendimento no sentido de que o estabelecimento de cláusula compromissória deve ser honrado, destarte sua subscrita por sociedade de economia mista, uma vez que representa a vontade das partes em tratar de seu conflito extrajudicialmente.

Verifica-se então que há algum tempo os tribunais pátrios tem se posicionado no sentido da validade do foro arbitral para dirimir controvérsias em que figure como parte a

---

<sup>115</sup> TCU, Processo TCn. 006.588/2009-8. Relator Min. Benjamin Zymler, Acórdão n. 2145/2013.

<sup>116</sup> LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 185.

<sup>117</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 174.874-9/02

<sup>118</sup> RECURSO ESPECIAL 606345 RS 2003/0205290-5

Administração Pública. Os entendimentos mais recentes corroboram esse entendimento, que tem se solidificado cada vez mais.

Os entendimentos mais recentes do STJ dão conta de que nos contratos administrativos de concessão é permitida a eleição do foro arbitral uma vez que esta, ao tratar de direitos disponíveis, atende aos ditames do interesse público denominado primário, já que utilizada em prol do bem coletivo<sup>119</sup>. Sublinha o Egrégio Tribunal que tal distinção se faz necessária, utilizando corretamente o argumento de que a indisponibilidade do interesse público contrasta, sobremaneira, com a disponibilidade de direitos patrimoniais, pragmáticos, aduzindo que a arbitragem, em última análise, é meio hábil para atingir o fim de atender ao interesse público, em especial se levarmos em conta as considerações no sentido da minoração dos custos de transação que a arbitragem proporciona.

Em julgado<sup>120</sup> que trata de questões semelhantes, com voto que merece destaque, a Relatora Ministra Nancy Andrigi segue a mesma linha supracitada, tendo chamado a atenção para o fato de que pouco importa se a eleição do foro arbitral deu-se por meio de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, sendo este segundo o caso dos autos. Afirmou a jurista, em nosso entender corretamente, que a arbitragem era maneira mais célere de resolução da controvérsia, de tal maneira que a opção pela arbitragem atendia ao interesse público.

Passando a uma análise de julgados proferidos em segunda instância, verifica-se que o posicionamento dos Tribunais de Justiça não se afasta daquele propugnado pelo STJ; pelo contrário, tem se alinhado com ele.

Destaque-se *decisum*<sup>121</sup> proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, pela clareza e correção de seu teor:

*O interesse público é de natureza indisponível, não elidindo esse atributo a possibilidade de a administração optar legitimamente pelo juízo arbitral como forma de resolução das controvérsias oriundas dos contratos que celebra, à medida que essa forma de solução de conflitos não se destina a privilegiar qualquer das partes, mas justamente encontrar solução amistosa para as divergências decorrentes do relacionamento que mantiveram de conformidade com os direitos e obrigações que estão debitados a cada um dos concordantes,*

---

<sup>119</sup> STJ - MS: 11308 DF 2005/0212763-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 08/04/2008, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 19.05.2008 p. 1

<sup>120</sup> <sup>120</sup> STJ RECURSO ESPECIAL Nº 904.813 - PR (2006/0038111-2), Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/10/2011, T3 - TERCEIRA TURMA

<sup>121</sup> TJ-DF - APC: 20010110027042 DF, Relator: TEÓFILO CAETANO, Data de Julgamento: 13/08/2008, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 25/08/2008 Pág. : 66

*não implicando sua utilização, portanto, em desconsideração dos atributos que devem permear o contrato administrativo.*

Decisão<sup>122</sup> do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à maneira do julgado Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, anteriormente destacado, baseia-se na premissa de que a arbitragem se presta ao atendimento do interesse público primário, só podendo, porém, versar sobre direitos disponíveis, aqueles que do denominado interesse público secundário.

O Relator Desembargador Nogueira Deifenthaler, em decisão interessante, afasta a aplicação da cláusula compromissória, vez que entende que ela tinha seu alcance limitado pelo interesse público primário. Significa dizer que a cláusula compromissória extrapolou sua admissibilidade legal, uma vez que feria o interesse público. In casu, afirmou o julgador que não era possível a atualização da arbitragem para rever o contrato em razão de alteração em seu equilíbrio econômico-financeiro decorrente de fato da administração, na medida em que tal fato da administração decorria do atendimento ao interesse público primário.

Com efeito, temos que o tema da arbitragem na Administração Pública tem ganhado contornos de maior sedimentação, o que significa dizer diminuição nos custos de transação. A validade da opção pelo foro arbitral para controvérsias que envolvam a Administração Pública, sobremaneira, diminuem os custos de transação, trazendo benefícios à sociedade.

GUASCH, LAFFONT e STRAUB<sup>123</sup> apontam que, quando há previsão contratual de eleição da arbitragem, há tendência de renegociação do contrato, o que também diminui os custos de transação. Para os autores, os riscos regulatórios, especialmente para os casos de concessões de serviços públicos, geram aumento entre 2% (dois por cento) e 6% (seis por cento) no custo de capital. Proporcionalmente, então, um aumento de 5% (cinco por cento) no capital pode ocasionar um aumento de até 20% (vinte por cento) na tarifa. Não é necessário grande auxílio exegético para verificar que se constitui prejuízo acentuado para a sociedade, que arca com esse acréscimo.

Além disso, a morosidade notória do Poder Judiciário só contribui para que a coletividade acabe suportando o ônus das empresas concessionárias, nos casos em que as

---

<sup>122</sup> TJ-SP - AI: 5390823520108260000 SP 0539082-35.2010.8.26.0000, Relator: Nogueira Diefenthaler, Data de Julgamento: 18/04/2011, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 19/04/2011

<sup>123</sup> J. Luis GUASCH, Jean-Jacques LAFFONT e Stéphane STRAUB, **Renegotiation of concession contracts in Latin America.** [www.esnie.org](http://www.esnie.org). apud. LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 187.

controvérsias em que elas são parte são levadas ao Estado, já que, com o aumento dos custos de transação em razão dos custos de administração da controvérsia judicial, as tarifas também são aumentadas.

A utilização da arbitragem, portanto, vai de encontro a práticas que constituem prejuízo à sociedade. Os contratos administrativos disciplinam matérias inexoravelmente conectadas ao desenvolvimento de atividades econômicas em áreas consideradas estratégicas sob o ponto de vista do crescimento socioeconômico brasileiro, como energia, saneamento e infraestrutura.

Concordamos, pois, com o posicionamento de LEMES<sup>124</sup>, ao considerar que a arbitragem é opção eficiente para solucionar controvérsias decorrentes de contratos administrativos, ou de sua cadeia contratual. A demora na pacificação social e na reestruturação da ordem, podem afetar substancialmente o mercado, os consumidores e a sociedade como um todo, causando não só insegurança jurídica, mas freando o desenvolvimento socioeconômico e financeiro pátrio.

A utilização da arbitragem diminui custos de transação, como demonstrando, ocasionando, além dos efeitos diretos quanto ao crescimento econômico nacional, benefícios indiretos com investidores, mormente os estrangeiros, ao gerar confiança e mais segurança jurídica. A arbitragem é, por conseguinte, meio de solução de controvérsias fundamental de ser usado na seara da Administração Pública.

---

<sup>124</sup> LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. .

## 8. CONCLUSÃO

Analisados os conceitos do Direito Administrativo moderno e do instituto da arbitragem, chegamos à conclusão de que os maiores empecilhos para que esta se desenvolva, no âmbito dos contratos administrativos, são os argumentos de que o princípio da legalidade e o princípio da indisponibilidade do interesse público estariam sendo feridos.

O problema, ao que parece, é a interpretação dada ao princípio da legalidade administrativa, no sentido de que ela deva ser estrita. No entanto, como bem explica Selma LEMES<sup>125</sup>, este posicionamento “peca pela generalidade e por dar tratamento igual para situações diferentes, amputando e reduzindo a liberdade contratual da Administração Pública”.

Já com relação à indisponibilidade do interesse público, o problema se encontra na interpretação sobre o que seria interesse público primário e o que seria interesse público secundário; visto que não há um conceito exato de interesse público. Assim, ainda podemos encontrar zonas cinzentas no que se refere à definição da disponibilidade, ou não, de direitos, a fim de se definir a arbitrabilidade da matéria.

Resta acrescentar que a Lei de Arbitragem não distingue pessoas de direito público e de direito privado. Assim, é evidente que não existe a necessidade de uma lei específica que autorize a adoção da arbitragem nos contratos administrativos. Inclusive, o legislador tem sido bastante claro ao mencionar expressamente a arbitragem nas leis 8.666/9, 8.987/95 e 9.478/97, apesar de não haver tal necessidade, visto que a Lei de Arbitragem é constitucional e que não há nenhuma vedação à sua utilização pela Administração.

E não é só. O Direito não pode amputar o ente público a pretexto de protegê-lo. Para o ente público é importante que as licitações não se figurem só no menor preço colaborando com a tradição de prestações de serviços públicos ruins. A opção pela arbitragem nos contratos públicos, por exemplo, como já afirmamos, gera uma melhor relação de custo benefício na contratação, prestigiando e implementando efetivamente o princípio da eficiência, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

---

<sup>125</sup> LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 83.

## 9. BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo.* v. I. Milano: Giuffrè. 1966. p. 201 apud MORETTI, Natalia Pasquini. “Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público”. In: Thiago Marrara. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo:** legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1.

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e poder público:** cabimento, aspectos processuais, incidente de suspensão e mandado de segurança. 2010. 1 v. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidade. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem.** São Paulo, n. 19, p. 415-439, jan./mar. 2003 *apud* AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e poder público:** cabimento, aspectos processuais, incidente de suspensão e mandado de segurança. 2010. 1 v. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro Campus, 1992.

CABRAL DE MONCADA, Luís. **Estudos de direito público:** os princípios gerais de direito e a lei. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 422 *apud* LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTRO NUNES, José de. **Da Fazenda Pública em juízo.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. P. 279-291 *apud* LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Concessão de Serviço Público. Encampação. Juízo arbitral.** RDA, 45:517, jul./set., 1956 *apud* LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na**

**Administração Pública:** fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 60.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental.** São Paulo, 2007.

\_\_\_\_\_. **Técnicas de aceleração do processo.** Franca: Lemoz & Cruz, 2003.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem:** Doutrina, Legislação e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

J. Luis GUASCH, Jean-Jacques LAFFONT e Stéphane STRAUB, **Renegotiation of concession contracts in Latin America.** [www.esnie.org](http://www.esnie.org). apud. LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 187.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

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

MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público.** São Paulo: Saraiva, 1933 apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:**

concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A **defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. V. 1.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. Curitiba: Typ. e Lith. a vapor Imp. Paranaense, 1908 *apud* PASQUALOTTO, Adalberto. **Contratos Nominados III**: Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação, compromisso. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008. p. 276.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem nos contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 209, jul./set. 1997.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MORETTI, Natalia Pasquini. “Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público”. In: Thiago Marrara. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2011.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Contratos Nominados III**: Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação, compromisso. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008.

PESSALI, Huáscar Fialho. “Custos de Transação”. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **O que é análise econômica do direito**: Uma Introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

PINTO, José Emilio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do Código Civil** in Revista Eletrônica Jus Navigandi. n. 518, 07 dez. 2004. Ano 9. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/6025>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2.ed. Vol. XV..

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. São Paulo: Forense, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Procedimentos Especiais. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WALD, Arnoldo. **A arbitragem contratual e os dispute boards**. RAM 6:9/24, jul./set., 2005.