

# BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ARBITRAGEM E OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Bernardo Bichara Faria Coelho\*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Princípios da Administração Pública que recomendam a opção pela arbitragem; 2.1. Arbitragem, Legalidade Administrativa e Juridicidade; 2.2. Arbitragem e Consensualidade; 2.3. Arbitragem e Eficiência; 2.4. Arbitragem e Economicidade; 2.5. Arbitragem e Competitividade; 2.6. Arbitragem e Moralidade; 2.7. Arbitragem e Proteção à Confiança; 3. Princípios da Administração Pública que interferem no processamento da arbitragem; 3.1. Arbitragem e Publicidade; 3.2. Arbitragem e Impessoalidade; 3.3. Arbitragem e Sindicabilidade; 4. Conclusão.

## 1. Introdução

O presente ensaio tem por escopo analisar a compatibilidade entre a arbitragem<sup>1</sup> e o regime jurídico a que está sujeita a Administração Pública. Dados os estreitos limites deste trabalho, nosso estudo focará no debate acerca de algumas das controvérsias mais suscitadas em relação à participação do Estado em procedimentos arbitrais, verificando a sua procedência, ou não, sob a perspectiva dos princípios reitores da Administração Pública.

Antes de adentrar as questões específicas, é preciso destacar o motivo pelo qual os questionamentos a respeito do tema em apreço vêm se multiplicando e compondo uma nova pauta de discussões, cada vez mais importante na ordem do dia da Administração Pública. Nesse sentido, impende consignar que a arbitragem não é apenas um instituto jurídico, mas, igualmente, uma ferramenta econômica<sup>2</sup>.

Os meios de solução privada de conflitos não são uma novidade para a ordem jurídica, ao contrário, as manifestações mais remotas do Direito puderam ser

\* Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado/Pós-Graduando em Direito do Estado e Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/ Pós-Graduando em Direito Securitário pela Fundação Escola Nacional de Seguros - FUNENSEG

<sup>1</sup> Segundo Carlos Alberto Carmona: “Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios (...)”. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

<sup>2</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 158/162.

constatadas a partir de tais mecanismos<sup>3</sup>. Nada obstante, foi o recurso à jurisdição estatal o meio de solução de conflitos que ao longo da história fez carreira em todo o mundo, tornando-se absolutamente hegemônico. Conquanto nunca tenham desaparecido, as formas privadas de resolução de disputas sempre foram relegadas a um plano menos que subsidiário, quase excepcional, senão excêntrico.

Entretanto, a partir da segunda metade do século XX, sobretudo, na sua última quadra e no início do século XXI, instaurou-se, em quase todo o mundo, uma ordem político-econômica e social sem precedentes. Dentre as diversas consequências advindas do fim da Segunda Grande Guerra, para os objetivos deste trabalho, é oportuno elencar: 1- o estopim do processo de globalização que praticamente acabou com as fronteiras estatais; 2- o advento de uma revolução tecnológica capaz de vencer quase todos os limites materiais aos anseios humanos; 3- o estabelecimento de um catálogo comum de Direitos Humanos; 4- uma interconexão da economia de todo o globo.

Diante desse novo cenário, que ainda se descortina em nossos dias, revelando-se cada vez mais complexo, têm-se algumas constatações que, independentemente de serem boas ou ruins, são, antes, inevitáveis. Ei-las: 1- A economia rege, de alguma forma, mais ou menos intensa, salvo raras exceções, quase todas as relações estabelecidas entre pessoas físicas ou jurídicas; 2- As atividades econômicas praticamente não mais encontram limites materiais ao seu desenvolvimento; 3- As negociações econômicas não mais se sujeitam aos obstáculos impostos pela distância entre os contratantes e, cada vez mais, também não admitem impedimentos oriundos do tempo (“*time is money!*”); 4- Tanto as atividades quanto as negociações econômicas revestem-se de crescente complexidade; 5- Os limites a todo este processo de reorganização da nova ordem mundial são os Direitos Humanos.

E o que tudo isso tem a ver com o ressurgir vigoroso da arbitragem?

A resposta é simples. Devido a todas as enumeradas transformações, a arbitragem deixou de ser um instituto puramente jurídico para servir como um instrumento da economia. O velho modelo de justiça estatal está em vias de entrar em colapso. Em todo o mundo, com maior ou menor intensidade, registram-se problemas crescentes e, até então, insolúveis relativos à prestação jurisdicional pelo Estado. A impossibilidade de a Justiça oferecer uma resposta em tempo adequado para as demandas que lhe são submetidas e o despreparo dos magistrados (nem sempre por sua culpa, mas pela própria dinâmica do sistema) para apreciar determinadas questões envolvendo matérias muito específicas acabam por transformar a solução judicial de conflitos em algo antieconômico.

<sup>3</sup> É bem de ver que, antes mesmo da existência de um Estado institucionalizado, os grupamentos humanos mais remotos já registravam a incumbência imputada ao chefe, ou outra qualquer figura proeminente, como os sacerdotes, seja de clãs, de tribos, de aldeias ou de sociedades já mais organizadas, no que concerne à administração de conflitos que se instauravam no seio daquelas coletividades. Nesse sentido é o registro de Pedro Batista Martins. A propósito, leia-se: MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil*. Disponível na internet em <www.batistamartins.com.br>. Acesso em 06 de fevereiro de 2012.

Por conta disso, a possibilidade de utilização de um mecanismo que possa dar fim a uma controvérsia sem necessidade de recurso ao Judiciário torna-se um precioso instrumento da economia, eis que através dele é possível poupar gastos vultosos que o recurso à jurisdição estatal acaba por gerar. Em razão desta circunstância, a arbitragem passou a desfrutar da preferência dos agentes econômicos<sup>4</sup>, que, além de tais vantagens, também vislumbraram nela um mecanismo mais adequado à nova dinâmica da economia, porquanto sua maior flexibilidade atende à necessidade de partes contratantes, por vezes, tão díspares, poderem, elas mesmas, determinar regras que melhor regulem suas transações.

Ademais, ela veio responder a uma perplexidade, qual seja, a da indevida intromissão estatal em questões que veiculam interesses puramente individuais, violando um direito fundamental, sem nada proteger. Se há um consenso em torno da necessidade de proteção a direitos humanos, por que sacrificar a autonomia da vontade, que, sem dúvida, é uma espécie daqueles, quando não estão em cena outros direitos com igual estatua<sup>5</sup>? É dizer, por que cercar o direito das partes de regular seus próprios ajustes, impondo-lhes a observância de uma normativa pré-definida, quando não há risco de violação a direitos de outrem, tampouco a direitos indisponíveis dos envolvidos? Em suma, por que continuar submetendo questões acerca de direitos patrimoniais disponíveis a uma jurisdição estatal morosa, não especializada, limitada à aplicação de determinada legislação e que não atende à vontade das partes<sup>6</sup>?

Todas essas constatações levaram ao renascimento da arbitragem, que passou a influenciar diretamente a economia dos contratos, tornando-se uma vantagem

<sup>4</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em Contratos Firmados por Empresas Estatais. In: *Direito Administrativo em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 449/450.

<sup>5</sup> A nosso sentir, é preciso ter em mente que o recurso pleno à jurisdição estatal, constituído em garantia fundamental, constante do art. 5º, XXXV da CRFB/88, desvela um direito a benefício dos cidadãos e não um dever. De fato a jurisdição estatal deve sempre ser oferecida ao particular, ou a ele imposta sempre que em tela haja um direito indisponível. Entretanto, no que toca a direitos patrimoniais disponíveis, não se vislumbra razão para impor a submissão de litígios que a eles se refiram à jurisdição estatal. Do contrário, em nome da suposta necessidade de um direito não fundamental, estar-se-ia ferindo a autonomia da vontade, esta sim revestida de jusfundamentalidade. Imaginar que todo interesse particular qualificar-se-ia como manifestação do direito à liberdade, longe de protegê-lo, vulnera-o, por esvaziá-lo na sua dimensão moral. Cabe aqui invocar o magistério de Daniel Sarmento, para quem “(...) *nem todo interesse particular pode ser qualificado como direito fundamental. Direitos fundamentais são apenas alguns interesses especialmente relevantes, relacionados à proteção e à promoção da dignidade humana, que, pela sua elevada significação, foram postos pela Constituição acima do poder das instâncias deliberativas ordinárias. Há, assim, interesses privados que constituem direitos fundamentais, mas há outros interesses particulares que não recebem da ordem jurídica proteção tão reforçada.*”. SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 89.

<sup>6</sup> Da pena firme de Marcos Juruena Villela resta assentado que: “*De fato, considerando-se que o princípio da livre iniciativa tem como um de seus corolários o princípio da subsidiariedade, se as partes não dependem de uma atuação estatal para solucionarem seus conflitos e retornarem a uma situação de equilíbrio, não é legítimo ao Poder Público substituir impositivamente tal vontade privada pela vontade estatal.*”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em Contratos Firmados por Empresas Estatais. In: *Direito Administrativo em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 456.

economicamente apreciável e de alta relevância<sup>7</sup>. Mas, o que a Administração Pública tem a ver com isso?

Ora bem, é de sabença comum que o modelo de Estado-Interventor, Estado-Providor, não mais se coaduna à ordem econômico-social dos dias correntes. No Brasil, sobretudo a partir da última década do século XX, tem-se caminhado para a construção de um modelo de Estado-Regulador, Estado-Parceiro. Atualmente, é de todo impossível que o Estado responda sozinho às inúmeras demandas sociais que lhe são postas, a crise fiscal que acometeu a maioria dos países do mundo, antes da mudança do perfil do Estado deu provas suficientes disso. A consecução dos fins para os quais o Estado foi criado depende, fundamentalmente, do estabelecimento de parcerias entre o mesmo e a sociedade<sup>8</sup>. Portanto, o Estado precisa do auxílio da sociedade e para consegui-lo deve conduzir-se de molde não só a respeitar os agentes sociais, como também a atraí-los oferecendo-lhes oportunidades interessantes de negociação com a Administração Pública.

É bem de ver assim que o Estado precisa, quando for possível, ou seja, no que não contrariar o regime jurídico que lhe é próprio, despojar-se de privilégios e submeter-se ao mesmo regime da iniciativa privada<sup>9</sup>. Destarte, uma das mais expressivas condutas que a Administração Pública pode tomar alvitando essa aproximação com os agentes econômicos particulares é a aceitação da participação em arbitragens com o fito de solucionar eventuais controvérsias oriundas dessas avenças.

Feito este pequeno introito, passemos à análise da viabilidade de adoção da arbitragem pelo Estado à luz dos princípios norteadores da Administração Pública.

<sup>7</sup> Um exemplo da interferência da arbitragem na economia dos contratos é o seguinte. A contabilidade, em virtude do regime de competência e do princípio do conservadorismo, recomenda que diante da ocorrência de um fato gerador contábil de uma despesa esta seja registrada, ainda que só se confirme, e seu desembolso se realize, futuramente. Por isso, diante de um conflito em que há chance de derrota, a empresa deve provisionar recursos para fazer frente a tal gasto. Quanto mais tempo demorar para que o conflito seja solucionado, maior será o período em que tais recursos ficarão separados, não podendo a empresa deles dispor para outro fim, por exemplo, realizar novos investimentos. Na medida em que a arbitragem é mais célere, o provisionamento de recursos é menos duradouro, liberando capital para as empresas. Outrossim, considerando a expertise dos árbitros, possuidores que são de conhecimentos específicos das questões envolvidas nos litígios, parece correto considerar que os riscos de prolação de uma decisão equivocada são diminutos, o que gera uma previsibilidade maior para as empresas quanto ao possível resultado dos conflitos, o que, igualmente, influirá na constituição de provisões.

<sup>8</sup> Oportuno lembrar que o novo modelo de Estado é norteado pelo princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Estado só deve atuar diretamente nos setores em que a sociedade não tenha condições de fazê-lo e que sejam essenciais. Nesse sentido é o escólio de Diogo de Figueiredo: “*A subsidiariedade prescreve o escalonamento de atribuições entre entes ou órgãos, em função da complexidade do atendimento dos interesses das sociedades. Cabe, assim, primariamente aos indivíduos decidirem e agirem no que se refira aos seus respectivos e inerentes interesses individuais, e, apenas secundária e sucessivamente, aos entes e órgãos, sociais e políticos, insituidos para tomar decisões sobre interesses coletivos.*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 96.

<sup>9</sup> Não estamos a defender, por óbvio, que o Estado tenha de abdicar do regime de direito público, mesmo quando não exerce atividade econômica. Em verdade, nos referimos à necessidade de o Estado bem diferenciar o que é prerrogativa do que é privilégio, repudiando estes e mantendo aqueles.

## 2. Princípios da Administração Pública que recomendam a opção pela arbitragem

### 2.1. Arbitragem, Legalidade Administrativa e Juridicidade

A Legalidade, insculpida no artigo 37 da Constituição de 1988, também chamada legalidade administrativa, é um princípio que na história recente tem sido invocado com frequência por parte da doutrina refratária à possibilidade de a Administração Pública participar de arbitragens. O argumento funda-se na máxima de que àquela cabe apenas agir conforme a lei determine ou autorize, um comando exatamente inverso ao aplicado aos indivíduos em geral, a quem é dado fazer tudo quanto a lei não vede. Nesse sentido, a decisão da Administração Pública de vincular-se a um procedimento arbitral reclamaria, imprescindivelmente, a existência de uma lei contendo tal previsão em que se pudesse fundar.

Diante disso, parte da doutrina – mais expressiva no passado, mas que ainda se faz presente – espousa o entendimento de que é preciso que a lei autorize, especificamente, a Administração Pública a participar de arbitragens. Contra dita opinião, outra banda da doutrina aduz que a exigência de observância da legalidade resta satisfeita pela dicção do artigo 1º da Lei 9.307/96, que autoriza qualquer pessoa capaz de contratar a participar de arbitragem; sendo certo que não se pode questionar a capacidade que o Estado detém de fazê-lo<sup>10</sup>.

Não parece exagerado afirmar que antes mesmo da previsão contida no artigo 1º da Lei 9.307/96 já era possível a qualquer pessoa, inclusive à Administração Pública, pactuar arbitragens com base na mera capacidade genérica para contrair obrigações conferida às pessoas físicas e jurídicas<sup>11</sup>. Isso porque a Lei 9.307/96 não foi editada com o escopo de permitir a arbitragem, mas apenas de normatizar a sua utilização e conferir ao laudo arbitral maiores garantias, como a de configurar título executivo judicial e a de ser dotado de definitividade<sup>12</sup>.

Entenda-se bem. Por ser a arbitragem fruto da autonomia da vontade, independentemente de qualquer previsão legal específica, as partes de um contrato

<sup>10</sup> Veja-se, por todos: PINTO, José Emilio Nunes. *A Arbitrabilidade de Controvérsias nos Contratos com o Estado e as Empresas Estatais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 03.02.12.

<sup>11</sup> Em sentido semelhante ao exposto é a lição de Gustavo Binbenojm: “*A execução de tarefas públicas, mediante celebração de contratos com particulares, pressupõe o reconhecimento de um conjunto de poderes à Administração, como condição para a otimização do dispêndio de recursos e alcance dos fins perseguidos. Em uma palavra: o poder de pactuar arbitragem é implícito ao poder de contratar, restando atendida a legalidade quando a solução arbitral se afigura, a juízo do administrador, como aquela que realiza, da forma mais eficiente, o dever de bem administrar.*”. BINBENOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição*. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 138/139.

<sup>12</sup> Tais são as previsões constantes do artigo 31 da Lei nº 9.307/96, que dispõe: “*A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo*”; e do artigo 475-N, IV do CPC/73, que preceitua: “*São títulos executivos judiciais: IV – a sentença arbitral*”.

sempre puderam prevê-la em suas avenças<sup>13</sup>, determinando que a decisão dela advinda seria obrigatória para ambas. Sem embargo dessa possibilidade, havia inúmeros entraves à arbitragem tais como oposição da jurisprudência sobre a cláusula compromissória não dispensar o compromisso arbitral, bem assim a exigência de que o laudo arbitral tivesse de ser homologado pelo Judiciário<sup>14</sup>. Em virtude de tais circunstâncias, a Lei de Arbitragem não foi despendida, porquanto a partir dela o instituto passou a representar exercício da jurisdição<sup>15</sup>, o que lhe legou uma série de características que o reforçam, sobretudo, pela desnecessidade de homologação judicial do laudo arbitral e pela impossibilidade de reapreciação pelo Judiciário<sup>16</sup>. Contudo, ainda que não possuísse a cogência que hoje dispõe, a arbitragem fazia-se possível<sup>17</sup>.

Sem embargo de tais considerações, é de se consignar que, desde que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem<sup>18</sup>, iniciou-se um processo acelerado e crescente de incentivo à utilização deste meio alternativo de solução de controvérsias, no bojo do qual foram editadas várias leis com a previsão expressa da possibilidade de a Administração Pública lançar mão da arbitragem para dirimir conflitos decorrentes de contratos em que tome parte. Buscou-se, sobretudo, suplantando essas discussões bizantinas sobre qual deveria ser o fundamento para tal atuação estatal, assegurando-se que o Estado não fosse tolhido por questões de somenos importância. Deveras, o que há de relevante é a inexistência de qualquer óbice ontológico a vedar a utilização de arbitragem pelo Estado e não o modo adequado de autorizá-la. Assim é que, hoje, há normas específicas contemplando

<sup>13</sup> É exatamente isso que ocorre com os demais meios alternativos de solução de controvérsias como a mediação e os *dispute boards*, que não estão amparados em previsão legal expressa.

<sup>14</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.4/5.

<sup>15</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 26/27. Conquanto haja divergência na doutrina processual civil, essa é a opinião de ilustres processualistas. Por Todos: DIDIER JR., Fredic. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 10ª ed. Salvador. Jus Podium: 2008. p. 81. Importa registrar a posição peculiar de Selma Lemes para quem a natureza jurídica da arbitragem seria um híbrido de contrato e jurisdição, pois, em cada etapa da arbitragem, uma dessas feições avultaria mais nítida que a outra. A propósito, leia-se: LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado*. Disponível na internet em <www.selmalemes.com.br>. Acesso em 05 de fevereiro de 2012.

<sup>16</sup> A única possibilidade que a Lei de Arbitragem prevê de reapreciação da decisão arbitral pelo Judiciário é em caso de vício de nulidade desta. Essa a inteligência do artigo 33 da mencionada lei que estatui: “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”.

<sup>17</sup> A ausência das indigitadas características não era óbice à configuração do instituto da arbitragem. Aliás, ao analisar o histórico deste instituto através do direito positivo pátrio, Pedro Batista Martins, nos dá conta de que já a Constituição Imperial de 1824 previa a utilização do mesmo. O que também ocorreu em diversos diplomas infraconstitucionais, dentre eles o Código Civil de 1916 e os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973. Sobre o tema, recorra-se a: MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil*. Disponível na internet em <www.batistamartins.com.br>. Acesso em 06 de fevereiro de 2012.

<sup>18</sup> Durante o julgamento da SE 5.206, foi arguido, pelo ministro Moreira Alves, um incidente de inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem, sob o argumento de que esta estaria a violar o princípio do livre acesso à justiça. Somente em 2001 esse julgamento foi concluído, e por 7 votos a 4, placitou-se a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96.

tal hipótese, por exemplo: o artigo 23-A da Lei Federal nº 8.987/95<sup>19</sup>; artigo 11, inciso III da Lei Federal nº 11.109/04; artigo 43, inciso X da Lei Federal nº 9.478/97 e artigo 93, inciso XV da Lei Federal nº 9.472/97.

Convém ressaltar, ademais, que atualmente a doutrina publicista, sob influência do processo de constitucionalização do Direito Administrativo, vem preferindo a utilização do termo juridicidade ao vocábulo legalidade<sup>20</sup>. Tal substituição não visa a atender meramente a uma questão linguística, mas semântica. Já não vivemos mais sob o império da lei, seja porque se passou a reconhecer a primazia da Constituição, seja porque se escancarou a insuficiência da lei formal para conter todo o Direito, que se encontra espalhado por diversas fontes normativas<sup>21</sup>. A tônica dos dias correntes é a da observância pela Administração Pública do Direito como um todo, com especial atenção às normas constitucionais e, dentre elas, aos princípios e direitos fundamentais.

Nesse passo, cumpre atentar para a circunstância de a atuação da Administração Pública não mais estar integralmente contida na lei. Reconhece-se, hoje, que é possível, e mesmo recomendável, em dadas ocasiões, que o Estado busque o fundamento de validade de suas ações fora ou além da lei<sup>22</sup>. Para o que ora interessa, é bem de ver que a participação do Estado em arbitragens atende aos preceitos de inúmeros princípios norteadores da Administração Pública (conforme se demonstrará a seguir) e não

<sup>19</sup> O art. 23-A foi introduzido pela Lei nº 11.196/05. Diogo de Figueiredo, defensor de longa data da utilização da arbitragem pela Administração Pública, entendia que o inciso XV do artigo 23 da Lei Federal nº 8.987/95, ao referir-se a soluções amigáveis de controvérsias, já servia de fundamento para esta atuação estatal. Confira-se, a propósito: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Arbitragem nos Contratos Administrativos*. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº209, jul/set, 1997, p. 88/90.

<sup>20</sup> Tem-se como exemplificativa desse novo paradigma, a dicção do art. 20, §3º da Lei Fundamental de Bonn, que preceitua: “O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.”. Nessa trilha, Daniel Sarmento ensina que: “É verdade, contudo, que no contexto atual de superação do legiscentrismo, a vinculação do administrador à lei foi substituída pela sua subordinação ao ordenamento jurídico como um todo, no qual despontam, com importância capital, a Constituição e seus princípios. Assim, a exigência de lei formal para autorização da ação administrativa foi mitigada, admitindo-se hoje que a própria Constituição, pela força normativa que desfruta, pode fundamentar a atuação da Administração, independentemente de mediação legislativa. Entende-se, assim, que a Administração Pública encontra-se vinculada não apenas à lei, mas antes a todo um “bloco de legalidade”, que incorpora princípios, objetivos e valores constitucionais, e a esta nova formulação tem-se atribuído o nome de princípio da juridicidade, ou da legalidade em sentido amplo.”. SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. In: *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 91.

<sup>21</sup> Para um aprofundamento sobre a decadência da lei formal ver: BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 125/136.

<sup>22</sup> A respeito do tema é esclarecedora passagem da obra de Gustavo Binbenojm, onde se lê: “A ideia de juridicidade administrativa elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais soberano e altaneiro como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 37/38.

vai de encontro a nenhuma previsão legal que vede tal conduta. De tal sorte que, ainda que não houvesse leis específicas autorizando a contratação da arbitragem em determinados contratos em que a Administração Pública tome parte, ou mesmo que inexistisse a Lei Federal nº 9.307/96, parece que seria de todo possível ao Estado assumir tal postura<sup>23</sup>.

Portanto, já não mais se justifica prosseguir na discussão sobre uma possível incompatibilidade entre o princípio da legalidade e a arbitrabilidade subjetiva do Estado, seja porque ela, de veras, inexistente, seja porque o próprio legislador, a despeito de não ser necessário, com o intuito de pacificar a questão, editou inúmeras leis contendo a previsão da utilização da Arbitragem pela Administração Pública, ou mesmo pela consciência de que a juridicidade se pauta preponderantemente por princípios e não tanto pela lei formal.

## 2.2. Arbitragem e Consensualidade

O Estado, enquanto instituição, desde a sua origem, assumiu diversos perfis. Do seu advento até os dias atuais, já se revestiu de caráter absolutista, liberal, intervencionista e agora ensaia os primeiros passos na assunção de uma feição gerencial. Todas essas transformações a que foi submetido parecem demonstrar que, ao longo da história, o Estado jamais logrou alcançar o fim para o qual foi criado - ao menos, segundo o que a teoria política nos dá conta -, que seria garantir o bem estar da sociedade, de quem, por meio de um contrato social, recebeu poderes.

Abstraindo-se a questão do Estado Absolutista, que só era Estado na forma<sup>24</sup>, é bem de ver que, em sua evolução, o Estado foi derrotado ao assumir postura minimalista, permitindo que a sociedade seguisse, desgobernada, o rumo da barbárie. Em reação a tal situação, impôs-se de forma contundente, tomando para si a direção integral dos rumos da sociedade, comportamento diante do qual, igualmente, sucumbiu. Parece, então, que almejando o ponto ótimo, o Estado iniciou uma reestruturação com vistas a evitar os radicalismos. O comedimento venceu o extremismo. Restou patente a impossibilidade de a sociedade trilhar sem rumo seus próprios caminhos, da mesma forma que não se duvidou do fracasso da tentativa estatal de espriar os tentáculos do poder sobre todas as atividades sociais.

Na reorganização do Estado identificou-se a existência de diferentes interesses individuais e coletivos, que variavam com o grau de essencialidade. Adotou-se, assim, a concepção de subsidiariedade, segundo a qual, cabe aos particulares,

<sup>23</sup> Associamo-nos às lições de Lauro Gama para quem: "(...) o princípio da legalidade administrativa, ponderado com os demais princípios constitucionais incidentes no contexto da arbitragem entre a Administração e o particular (princípios da eficiência, da boa-fé, da razoável duração do processo etc) não justifica a exigência de autorização legislativa específica para a Administração submeter-se a julgo arbitral.". SOUZA JR., Lauro Gama e. *Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado)*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 03.02.12.

<sup>24</sup> A evidenciar esta constatação está a celebre frase atribuída ao Rei da França Luís XIV, conhecido como Rei Sol, que teria dito: "L'État c'est moi".

preferencialmente, individual ou coletivamente, cuidar de seus próprios interesses. O Estado entra em cena apenas, e tão somente, para tutelar interesses os quais não seja possível deixar a cargo da sociedade; tutela essa que pode vir sob a forma de atuação direta, como na prestação de um serviço público, ou atuação indireta, mediante atividade regulatória.<sup>25</sup>

O ponto nodal de toda essa questão é que a inédita postura do Estado obriga-o a assumir uma novel maneira de se relacionar com o particular. Quer isto dizer que a imperatividade não pode mais ser a tônica da ação estatal, ficando reservada às hipóteses em que a proporcionalidade evidenciar a sobreposição de um interesse submetido à cura do Estado, em relação a interesses particulares<sup>26</sup>. No mais, toda a função administrativa deve conduzir-se pela busca do consenso.

Introduzida, pois, a ideia de administração consensual, convém ao Estado comprometer-se com duas diretrizes. Uma é estimular, tanto quanto possível, o particular a assumir seu papel de cidadão e colaborar com o Estado. Nesse sentido, é preciso que ofereça atrativos à formação dessas parcerias. A outra orientação pela qual deve o Estado nortear-se é a de, sempre que não estiverem em jogo direitos indisponíveis - o que só é aferível, à luz da proporcionalidade, ante o caso concreto -, permitir que a consensualidade guie todo o processo de parceria. Isso significa que não apenas o convite à participação do particular deve atentar para esse aspecto, mas também a solução de possíveis conflitos surgidos no curso dessa relação.

Em outras palavras, o que estamos a defender é que o princípio da consensualidade recomenda a adoção de arbitragens em avenças que o Estado tome parte por dois motivos: primeiro, porque constitui um atrativo para o estabelecimento da parceria entre o Estado e o particular, na medida em que transmite maior segurança e reveste-se de maior eficiência, além de ser mais econômica; segundo, porque o consenso deve ser buscado na integralidade da relação entre o Estado e o particular, seja no momento de formação do vínculo, seja nos momentos de crise, em que se faz necessário solucionar um litígio.

<sup>25</sup> Conforme notícia Marcos Juruena, a criação da União Europeia, pauta na livre circulação de bens, pessoas e serviços, levou à necessidade de reduzir-se a limitação à livre iniciativa. Por isso, foi preciso diminuir o alcance do conceito de serviços públicos, porquanto este é incompatível com aquele princípio. Assim é que surgiu o conceito de serviço de interesse econômico geral, que a despeito de submeter-se ao regime de livre iniciativa, atrai a necessidade de uma regulação estatal, dada a essencialidade de que se reveste. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 34/38.

<sup>26</sup> Advirta-se, com Gustavo Binbenojm, que já não mais vige o dogma da supremacia ou da indisponibilidade do interesse público. O novo Direito Administrativo, reformulado sob o influxo do processo de constitucionalização, não se coaduna mais com uma predefinição do que seja o interesse público. Este, como qualquer conceito jurídico indeterminado, deve ter seu significado revelado a partir de uma interpretação jurídica ciceroneada pelos direitos e princípios fundamentais incidentes em cada situação da vida. Destarte, somente diante de casos concretos é que o intérprete do Direito pode exercer a pertinente ponderação de interesses, sob a diretriz do princípio da proporcionalidade. Sobre o tema, confira-se: BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 81/124.

### 3.3. Arbitragem e Eficiência

A partir da chamada Reforma Administrativa levada a cabo pela emenda constitucional 18 de 1998 que promoveu profundas alterações na Constituição, foi inserido, no *caput* do art. 37 da Lei Maior, o princípio da eficiência. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, quem melhor trata do tema, consigna<sup>27</sup>:

“Em suma: a globalização também pôs em marcha um conceito novo e expandido de eficiência política, em que a organização do poder, fosse qual fosse e na dimensão que tivesse, bem como as funções a serem desempenhadas, se deveriam adequar subsidiariamente às novas demandas, na medida em que, com isso, se iria reduzindo paulatinamente, como resultado da informação, a velha, desconcertante, inexplicável, mas dócil tolerância cultural com a ineficiência do poder público.

Como se observa, todas as demandas sociais quantitativa e qualitativamente ampliadas, transformando-o em um ambiente de interesses transindividuais, ou seja, o espaço público não estatal, em progressivo crescimento, que logo passou a exigir uma disciplina jus administrativa também expandida, que, por isso, não mais se contém nem no Direito Privado, nem no Direito Público tradicionais: um Direito Administrativo caracteristicamente pós-moderno.

Tornou-se, por isso, necessário reinventar-se um Direito Administrativo disciplinador de interesses transindividuais juridicamente relevantes, apto a mobilizar todas as instituições que se proponham, oficialmente ou não, a concorrerem solidariamente para atendê-los: desde as organizações não governamentais, incluindo todas as executoras de atividades privadas de interesse geral, às estruturas administrativas convencionais ou mesmo as recentes, talhadas para atuar em setores sensíveis, como o são as novas agências reguladoras independentes”.

A bem da verdade insta asseverar que a eficiência ingressa no Direito Administrativo, no desenrolar do processo de constitucionalização deste, não para subvertê-lo, não para negar suas premissas - como, por exemplo, a vinculação da atividade administrativa à legalidade -, mas para renová-lo, para reconstruir o seu objeto de preocupação, que se desloca do indescritível interesse público abstratamente considerado para fincar suas bases no interesse público concretamente aferível em cada situação da vida, de acordo com o juízo de proporcionalidade entre

<sup>27</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência e Resultado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 109/110.

os princípios e direitos fundamentais incidentes em cada hipótese<sup>28</sup>.

Ao nosso sentir, a maior eficiência que a opção pela arbitragem traz para a Administração Pública pode ser analisada sob quatro diferentes prismas, além do ponto de vista econômico, que será examinado em seguida, quando tratarmos do princípio da economicidade, que deste é corolário. Tais prismas, que se relacionam entre si, seriam: 1- a eficiência na solução de conflitos; 2- a eficiência na atuação administrativa; 3- a eficiência no controle da eficiência das parcerias entre Estado e particular e, finalmente; 4- a eficiência da gestão dessas parcerias.

No que pertine à eficiência na solução de conflitos, chega a ser intuitivo o benefício oportunizado pela arbitragem às partes que por ela optam, porquanto é possível a escolha de um árbitro especializado na questão a ser dirimida, bem assim das normas jurídicas aplicáveis à espécie. Ademais, as deficiências que se acumulam no Judiciário brasileiro, tornam cada processo uma epopeia, marcada pela perda de tempo, de dinheiro, de paciência e de disposição para conciliar, por conta do aumento da litigiosidade; enfim, uma aventura fadada ao fracasso e à insatisfação das partes, independentemente do resultado, pelas tantas agruras que se põe à frente deste. Nessa perspectiva, a possibilidade de submeter o litígio a uma forma de solução que preza pela celeridade, flexibilidade e desburocratização é extremamente atraente.

Unidas, então, ambas as circunstâncias, tem-se a oportunidade de alcançar maior eficiência tanto no trâmite do litígio, quanto na própria solução em si, o que torna a arbitragem uma opção incomparavelmente mais vantajosa do que o recurso à jurisdição estatal<sup>29</sup>. Nada obstante, pode-se, ainda, considerar o ganho geral de eficiência na administração da justiça, eis que, diminuído o atolamento em que se encontra o Judiciário pátrio, pelos processos que deixarão de ser remetidos à justiça estatal, haverá conseqüentemente, uma melhora na qualidade da prestação jurisdicional como um todo.

<sup>28</sup> São bastante elucidativas as lições de Alexandre Aragão ao averbar: “O princípio da eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o princípio da legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados -, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata. É desta maneira que a aplicação *tout court* das regras legais deve ser temperada não apenas pela outrora propugnada equidade, mas pela realização das finalidades constitucionais e legais aplicadas à espécie”. ARAGÃO Alexandre Santos de. *O Princípio da Eficiência*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 4, nov/ dez2005, jan 2006. Disponível na internet em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2012.

<sup>29</sup> A razão está com Diogo de Figueiredo quando comenta: “Existe, com efeito, um extenso número de conflitos, que, não obstante suas preponderantes características técnicas, se acumulam nos tribunais e que os afogam de trabalho. São processos raramente versativos sobre questões substancialmente jurídicas, de sorte que poderiam ser objeto de composição fácil, rápida e especializada por órgãos parajudiciais, cujas decisões só seriam admitidas para serem revistas na justiça comum, se fossem identificadas violações a direitos e garantias individuais. É chegada, assim, a hora da consensualidade ser levada também à solução de conflitos pelas amplas vias universalmente desenvolvidas da conciliação, da mediação e da arbitragem, afastando, de vez, a confusão persistente entre monopólio *d*jurisdição, de sentido coercitivo, e monopólio da justiça, em que a força do consenso das partes em conflito é que conduz à formula de composição”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência e Resultado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 119/120.

Em relação ao incremento de eficiência que a adoção da arbitragem pode gerar para a atuação estatal, cumpre pontuar que a ameaça de que condutas administrativas despropositadas ocasionem efetivos danos ao Estado, rapidamente constatáveis, serve de desestímulo à prática das mesmas. É dizer, o temor do prejuízo consequente de um comportamento indevido por parte do Poder Público, deve servir para instaurar no seio deste uma nova dinâmica de relacionamento com os particulares. Com efeito, a eficiência será alcançada pela moralização da Administração Pública.

Como dito, a arbitragem opera um ganho de eficiência na solução de conflitos, de tal sorte que entrar em contenda passa a ser uma opção desinteressante, a não ser para o litigante que está com a razão. Ou seja, não é possível a uma das partes optar por descumprir o que ajustou com a outra, fiando-se na ineficiência da solução do litígio daí decorrente. Essa postura, que é constatável, a todo tempo, por parte da Administração Pública - acostumada que está a desrespeitar seus deveres e fazer o particular amargar anos de processo, muitas vezes infrutífero, na justiça estatal - não tem guarida quando a arbitragem é posta em lugar da jurisdição do Estado.

Pois bem. Ocorre que o ganho de eficiência na solução do litígio é como uma faca de dois gumes. Se por um lado ele obriga o Estado a melhorar a eficiência de sua atuação, igualmente o faz em relação ao particular<sup>30</sup>. Neste diapasão é que a arbitragem torna mais eficiente o controle estatal sobre a eficiência do particular com quem se relaciona.

Dúvidas não há quanto às vantagens de se evitar um conflito ao invés de dirimi-lo. Sob esse aspecto, avulta muito mais eficiente a conduta estatal que visa a, mediante estímulos e desestímulos - e entre estes se inclui a possibilidade de recorrer à arbitragem para de forma rápida e eficaz resguardar seus interesses - incurrir no seu parceiro o objetivo de conduzir-se com a maior lisura possível na sua relação com o Estado.

A toda evidência, a simples previsão de arbitragem constante dessas avenças não dispensará a atuação fiscalizadora do Estado, que continuará tendo de valer-se dos instrumentos que dispõe para tanto. Todavia, certamente é circunstância que tornará esta fiscalização menos complexa, na medida em que entre as partes, seja por uma postura ideológica, seja por temor, haverá o estabelecimento de uma relação pautada pela boa-fé objetiva, onde não há espaço para o acobertamento de ilegalidades pela deficiência no funcionamento do sistema jurisdicional. Sendo certo que num ambiente orientado pela colaboração, o desenvolvimento do controle se dá de forma mais amena.

<sup>30</sup> Em abono ao que foi dito, traz-se à colação lição de Selma Lemes no sentido de que a decisão pelo correto adimplemento do contrato ou pela sua inobservância depende, sobretudo, dos custos de rompimento. Confira-se: "Destarte, neste ponto se encontra a intersecção entre o Direito e a Economia, pois se os custos de rompimento do contrato forem maiores do que o benefício de seu adimplemento, os agentes serão estimulados a cumprir o contrato. Ou seja, o comportamento oportunista induz a verificação dos custos envolvidos com a ruptura do contrato, se estes forem menores, o contrato deixará de ser honrado. Note-se que os custos também estão associados aos reflexos na sociedade, tais como, os da área privada (perda da reputação) ou pública (ser réu em ação judicial). Com efeito, a decisão em cumprir ou não o contrato se fundamenta nos custos relativos do cumprimento ou inadimplemento, pois o direito contratual complementa o contrato." LEMES, Selma Maria Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.162/163.

Por fim, impende consignar que o recurso à arbitragem pode, em muitos casos, ser mais eficiente na gestão pelo poder público das parcerias que trava com os particulares<sup>31</sup>. E assim o é porque descumprida uma obrigação por parte destes, no mais das vezes, busca o Poder Público valer-se de sua imperatividade para fazê-lo emendar-se, por exemplo, recorrendo à aplicação de cláusulas exorbitantes.

Contudo, conforme demonstrado, a partir das ideias de subsidiariedade do Estado e de administração consensual, a permissão para o uso da imperatividade pelo Poder Público ficou restrita às hipóteses envolvendo direitos indisponíveis. Daí, por exemplo, questões como a controvérsia na aplicação de cláusulas exorbitantes, irremediavelmente, terem de ser levadas à jurisdição estatal.<sup>32</sup> Ocorre que, como já assentado, esta forma tradicional de solução dos conflitos tem-se revelado sobremodo ineficiente. Nesse sentido, o descumprimento por parte do particular das avenças com o Estado pode encontrar solução de maneira mais fácil, rápida e efetiva na arbitragem e não numa atuação unilateral da Administração Pública, que, por certo será contestada perante o Judiciário, inaugurando-se um litígio sem fim.

Inolvidável que há determinadas prerrogativas de uso da imperatividade estatal que não poderão ser substituídas com a mesma eficiência por uma sentença arbitral condenatória do particular, é o caso, por hipótese, da encampação, quando o Estado é obrigado a assumir por si a prestação do serviço público, para evitar a sua descontinuidade. Entretanto, no caso de descumprimento de uma obrigação secundária, em que o Estado deseje manter a avença, porém pretenda multar o particular; pode ser que uma condenação deste a pagar perdas e danos por uma sentença arbitral seja mais eficiente do que a imposição unilateral de uma multa, que será questionada por anos quanto à correção da sua hipótese de incidência, da razoabilidade do valor atribuído etc.

#### 2.4. Arbitragem e Economicidade

A economicidade é princípio que também goza de estatura constitucional, estando, porém, previsto, no artigo 70 e não no artigo 37 da CRFB/88, e constitui decorrência lógica do princípio da eficiência. Invariavelmente a ideia de economicidade nos remete à noção de redução de custos, o que não está de todo equivocado. Mas a

<sup>31</sup> Gustavo Binbenojm perfilha a mesma opinião aqui assentada. Nesse sentido, veja-se: BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição*. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 139.

<sup>32</sup> Em sintonia com a nossa opinião está o magistério de José Emílio Nunes Pinto ao asseverar que: "(...) a determinação da existência ou não do direito de invocar o equilíbrio econômico-financeiros e enquadrar na categoria de direitos indisponíveis não sujeitos à arbitragem, mas, ao mesmo tempo, entendemos que a definição do mecanismo para que se restaure a equação inicial é direito disponível e, portanto, quaisquer controvérsias a ele relativas são passíveis de arbitragem, o que equivale dizer que o tratamento das consequências patrimoniais é matéria, a nosso ver, arbitrável. Em síntese, entendemos que, nos contratos com o Estado e suas empresas, estas dispõem de autorização legal para submeter as respectivas controvérsias à arbitragem, nos termos do art. 1º da Lei de Arbitragem (arbitrariedade subjetiva), mas as controvérsias relativas a cláusulas exorbitantes não darão lugar à arbitragem por se caracterizarem como direitos indisponíveis, estando excluídas, portanto, do escopo da habitabilidade objetiva." PINTO, José Emílio Nunes. *A habitabilidade de Controvérsias nos Contratos com o Estado e as Empresas Estatais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 03.02.12.



compreensão do aludido princípio, em sua inteireza, exige a percepção de que nem sempre uma redução de custos se revela de maneira imediata. Ao revés, casos há em que, na busca de uma redução maior de custos, tem-se, num primeiro momento, um aumento dos mesmos. Assim é que a verificação da economicidade dá-se, mais do que pela análise de custos, pelo exame do custo-benefício.

Conforme explicitamos no início deste ensaio, a arbitragem, além de instituto jurídico é uma ferramenta econômica de diminuição de custos e majoração de benefícios<sup>33</sup>. Nisto repousa a razão fundamental para entender a interferência da arbitragem em favor da economicidade.

Compondo o preço cobrado por uma empresa para prestar um serviço, fornecer um bem, executar uma obra ou realizar qualquer outra atividade, estão, além do lucro perquirido, uma série de custos relativos à produção do objeto contratado e ao próprio adimplemento, ou não, do contrato. São os chamados custos de produção e custos de transação<sup>34</sup>. No caso de execução de uma obra, por exemplo, há os custos com a mão-de-obra e com os materiais de construção (custos de produção) e pode haver custos com advogados para resolver o descumprimento de uma cláusula contratual (custo de transação).

Dentre os custos de transação inserem-se os relativos à solução de eventuais disputas envolvendo o próprio contrato. Sejam custos relativos às despesas processuais, à contratação de advogados, peritos etc; sejam custos referentes à manutenção de provisões necessárias a fazer frente a prováveis condenações futuras<sup>35</sup>.

Selma Lemes bem adverte que a ideia de que o recurso à arbitragem é mais dispendioso do que o recurso ao judiciário é, por vezes, enganosa devendo-se a uma análise equivocada de custos, em que se olvida, por exemplo, a contabilização dos custos de oportunidades-relativos à perda de rentabilidade ou de novos negócios em decorrência de capital que demora a ser recebido ou que resta provisionado. Simulação

<sup>33</sup> A este respeito traz-se a lume o escólio de Selma Lemes: “O agente privado podendo prever que o contrato administrativo disporá sobre a forma extrajudicial de solução de conflitos por arbitragem, tal como regulada na Lei 9.307 de 1996, e ciente de que este processo é mais célere e especializado (considerando os aspectos técnicos do contrato) do que o Judiciário levará em consideração este fator refletido no custo de transação e ofertará preço menor.” LEMES, Selma Maria Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 169.

<sup>34</sup> Novamente da pena de Selma Lemes é que nos vem a seguinte lição: “Os custos que norteiam as decisões das empresas podem ser divididos em custos de produção e custos de transação. As análises convencionais que são efetuadas concentram-se mais nos primeiros, pois os custos de transação estão sujeitos a condicionantes variáveis e heterogêneas.” LEMES, Selma Maria Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 165.

<sup>35</sup> Seja consentido uma vez mais recorrer aos esclarecimentos de Selma Lemes: “Com efeito, ao expor acima o conceito de custo de transação, foi salientado que o meio ambiente institucional, assim entendido, as instituições do Estado, o Judiciário e as regras jurídicas – são fatores importantes que conduzem as definições e estratégias negociais. Os contratos empresariais firmados entre partes privadas e estas com a Administração têm incluído salvaguardas nos custos de transação que consideram os riscos de eventuais descumprimentos contratuais e os custos arcados com demandas judiciais futuras projetadas nas probabilidades de êxito, mas principalmente nos custos do capital envolvido, submetido a longas e duradouras ações judiciais.” LEMES, Selma Maria Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 168.

realizada pela indigitada professora deu conta de que a adoção de procedimentos arbitrais em lugar de litígios judiciais pode gerar uma economia substancial para as partes envolvidas<sup>36</sup>. Ora, se a arbitragem diminui os custos de transação, ela exerce uma pressão decrescente na composição de preços. Isso permite que a Administração Pública obtenha propostas mais vantajosas, o que parece ser indicativo de economicidade. E de fato o é, pois essa redução de custos não é acompanhada de perda de qualidade ou de segurança, ao contrário.

A equação diminuição de custos e elevação de benefícios é nítida nesses casos. Isso porque a Administração Pública, além de conseguir contratar por preços menores, fica respaldada pela garantia de que, em caso de eventual conflito, este será dirimido de forma célere, por profissional mais especializado; ou seja, assegura-se uma resolução mais qualificada da contenda.

## 2.5. Arbitragem e Competitividade

O princípio da competitividade, previsto no artigo 3º, § 1º, I da Lei Federal nº 8.666/93, vem em abono à arbitragem na medida em que esta configura um atrativo para os possíveis contratantes. Como já explicitamos, a arbitragem representa segurança e diminuição de custos, além de conduzir a Administração Pública a assumir um comportamento marcadamente moral e eficiente. Tudo isso aumenta a vantajosidade de contratar com a Administração Pública, o que por sua vez faz com que um maior número de interessados acorram às licitações para disputar a chance de, sagrando-se vencedor, firmar contrato com o Poder Público.

Ora, quanto maior o número de licitantes, mais aumentam as chances de a Administração Pública alcançar uma proposta mais vantajosa, o que, inevitavelmente, nos remete de volta aos princípios da economicidade e da eficiência, dos quais o princípio da competitividade é corolário.

Insta, porém, fazer uma advertência para que a opção pela arbitragem não traia a sua própria justificativa. Não é todo ajuste entre a Administração Pública e particulares que admitirá a previsão deste meio alternativo de solução de controvérsias. Isto porque, em sintonia com o princípio da realidade, de que nos fala DIOGO DE FIGUEIREDO<sup>37</sup>, o administrador deve motivar suas decisões com base na situação fática que efetivamente se apresenta à sua frente, e não naquela que ele gostaria ou imaginaria que fosse. Sob tal viés, não pairam dúvidas quanto à impossibilidade econômica de toda uma camada social, quiçá a maioria, de arcar com os elevados custos envolvidos em um procedimento arbitral. Assim é que deve o administrador público, observando

<sup>36</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 170/178.

<sup>37</sup> Nas palavras do eminente publicista: “O Direito Público, em especial, por ter em seu campo de ação um expressivo contingente de interesses indisponíveis, não se pode perder em formulações quiméricas e pretensões impossíveis, porque ademais estaria fugindo à sua finalidade, uma vez que, sob este princípio da realidade, os comandos da Administração, sejam abstratos ou concretos, devem ter todas as condições objetivas de serem efetivamente cumpridos para a obtenção de resultados para a sociedade a que se destinam”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 91.



a razoabilidade, afastar semelhante previsão de ajustes que por sua natureza, não a justifiquem, eis que desprovidos de complexidade técnica e de vulto econômico<sup>38</sup>.

Caso assim não se proceda, a opção pela arbitragem prestará um desserviço à competitividade, violando-se também, o princípio da igualdade, eis que restarão alijados do certame uma série de licitantes, sem nenhuma razão plausível. Não se pode aqui perder de vista a função a que se propõe a adoção deste instituto pela Administração Pública.

## 2.6. Arbitragem e Moralidade

Outro princípio elencado na cabeça do artigo 37 da Constituição é a moralidade. Colhe-se dos ensinamentos de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO que a moralidade administrativa é diferente da moral comum, porquanto as exigências que impõe ao administrador público são mais gravosas, eis que não estão jungidas ao aspecto subjetivo, mas também a critérios objetivos. Em suas palavras<sup>39</sup>:

“Para bem compreender o correto alcance dessa regra moral da Administração Pública, é preciso considerar que o dever cometido a seus agentes não é apenas o da mera gestão dos interesses públicos a eles confiados, mas, além dele, há, como se afirmou, o de bem administrá-los. Assim, enquanto a observância da moral comum é suficiente para qualquer administrador privado, o administrador público se sujeita, por acréscimo, a outras regras, estejam elas escritas ou não, que dele exigem fidelidade ao fim institucional de cada ato praticado na gestão da coisa pública—a moral administrativa.”

No campo da moralidade administrativa a arbitragem infunde novos ventos e provoca profundas mudanças, conquanto inobservadas por muitos. Para a Administração Pública brasileira, singularizada por não honrar suas obrigações, dito instituto desvela um campo fértil para o exercício de uma nova postura estatal, consentânea aos novos ditames constitucionais que substituem a supremacia do

<sup>38</sup> Plenamente cabível, aqui, uma analogia com o pensamento de Gustavo Binbenojm a respeito da adoção do regime das PPPs, que não deve ser aplicado indiscriminadamente, sob pena de ser desvirtuado. A propósito confira-se: “O grave risco ensejado pelas concessões administrativas de serviços ao Estado é o do seu uso com desvio de finalidade. De fato, é possível – ou mesmo previsível – que administradores públicos descompromissados com a moralidade administrativa venham a pretender usar a disciplina jurídica da Lei das PPPs, na modalidade concessão administrativamente serviços ao Estado, para as mesmas situações em que seria aplicável a disciplina dos contratos administrativos da Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93). É de todo inconcebível que simples contratos de vigilância, de limpeza, de manutenção de equipamentos, ou outros que tais, possam ter prazos de vigência de até 35 (trinta e cinco) anos, sem que qualquer investimento inicial de vulto o justifique.” BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição*. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 126.

<sup>39</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 106.

interesse público abstratamente considerado pela primazia dos direitos fundamentais<sup>40</sup>.

A arbitragem convida o Estado a demonstrar sua nova condição de parceiro do particular e não mais de seu senhor. Tal circunstância não merece ser desdenhada, pois se reveste de significado sobremaneira relevante. Ao abdicar de sua própria jurisdição para litigar com o particular num ambiente que prima pela paridade de armas, onde está desvestido de suas prerrogativas e no qual se busca efetivamente uma solução adequada e célere, o Estado, inevitavelmente, se obriga a modificar a forma arbitrária com que tradicionalmente se relaciona com o particular.

As consequências advindas da opção pela Arbitragem originam para o Estado a necessidade de evitar conflitos injustificados que possam se tornar assaz onerosos para ele. Tal postura, embora pareça intuitiva, não costuma ser observada pela Administração Pública, que prefere fugir dos problemas ao invés de evitá-los e, uma vez instalados, opta por adiá-los em lugar de resolvê-los. Um Judiciário moroso, burocrático e não especializado sempre descortinou um cenário ideal para o aludido comportamento. A Arbitragem, porém, não tolera esse tipo de manobra.

O próprio ressurgimento da arbitragem denuncia, mormente no caso do Brasil, que ela representa uma reação do particular frente às ações imorais do Estado. Depois do período de intervencionismo estatal, no momento em que o Estado-Providência esgotou sua capacidade de investimento e exposto da a sua ineficiência, ele se viu na contingência de ter de recorrer ao auxílio da iniciativa privada. Para isso, o Estado passou a oferecer garantias que conferissem segurança aos investidores particulares, garantias que sintetizadas importam na transformação do Estado desonesto num ente probo e ético.

É bem de ver que o desiderato da contratação da arbitragem, mais do que escapar da ineficiência do Judiciário, é forçar o Estado a evitar o conflito e a conduzir-se com probidade. Não se intenciona apenas substituir a arena dos embates, mas, na medida do possível, impedir que estes ocorram. O que o particular espera é não mais ser envolvido em contendas que decorram meramente dos caprichos e da arbitrariedade estatal. Nesse sentido, ao obstar que o Estado se valha da ineficiência do Judiciário para esconder a imoralidade do Executivo, o particular deseja que a arbitragem sirva mais como um desestímulo ao descumprimento das avenças que trava com o Estado do que propriamente como um método alternativo de solução de conflito.

Mesmo na esfera política a opção pela arbitragem poderá trazer benéficas mudanças. Se antes os governantes tomavam medidas de afogadilho na certeza de que até que os problemas delas decorrentes eclodissem e fossem resolvidos - muitas vezes com grave prejuízo para o erário - eles já não mais estariam ocupando o cargo; agora a possibilidade de as consequências de decisões equivocadas aparecerem de

<sup>40</sup> A doutrina administrativista moderna vem pugnando pela insubsistência do princípio da supremacia do interesse público, ou, ao menos, por uma nova forma de interpretá-lo. Ante a primazia dos direitos fundamentais e da regra de hermenêutica de que não há princípios e direitos absolutos, devendo ser sempre ponderados frente ao caso concreto, não faz sentido afirmar uma preponderância abstrata do interesse público. Sobre o tema confira-se BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 81/124.

forma breve é real, pois a arbitragem preza pela celeridade. Isso significa que os governantes poderão mais facilmente ser responsabilizados perante a sociedade por seus desmandos, porquanto o liame entre as suas atitudes e as consequências nefastas que gerarem será mais nítido, porque demonstrado em curto espaço de tempo.

Afora isso, é da própria essência dos métodos alternativos de resolução de conflitos a exaltação do aspecto moral. O fato de não serem dotados *sponte própria* de imperatividade exige daqueles que se valem dessas técnicas a internalização de uma consciência moral de respeito ao que foi pactuado não só para evitar o litígio, mas também para submeter-se à decisão daquele, nos termos em que foi acordado. Aliás, é bem de ver que o não cumprimento voluntário da decisão arbitral, além de poder ser superado por meio de execução judicial, acarreta num constrangimento da parte vencida renitente perante as demais pessoas que com ela se relacionam. No âmbito do mercado, implica dizer que passa a mesma a ser vista com desconfiança, num ambiente em que credibilidade é crucial para a conclusão de negócios. Se a previsão da arbitragem interfere diretamente no cálculo dos custos de transação, diminuindo-os, o desrespeito a ela pode da mesma forma alterá-los, porém, majorando-os. O não cumprimento voluntário do laudo arbitral parece ser ainda mais grave do que o descumprimento de sentença judicial, isso porque não se descumpre apenas a decisão em si, mas se desrespeita a própria pactuação da arbitragem.

Portanto, ao escolher vincular-se à arbitragem, o Estado também se sujeita a sofrer tais consequências se tentar dela esquivar-se<sup>41</sup>. Eventual fuga do julgamento da arbitragem o expõe ao julgamento dos particulares, que diante da imoralidade manifestada passam a não mais contratar com o Estado, ou a fazê-lo de forma mais gravosa. Tal questão diz de perto, outrossim, com o princípio da confiança que será detidamente analisado a seguir.

## 2.7. Arbitragem e Proteção à Confiança

Corolário da segurança jurídica, o princípio da proteção à confiança foi gradativamente conquistando autonomia e importância. Na doutrina brasileira é indispensável valer-se das lições de ALMIRO DO COUTO E SILVA que dedicou especial atenção ao tema. Segundo o mestre sulista, dito axioma impede que o Estado adote conduta que contraria uma legítima expectativa por ele criada no particular dando azo à confiança deste naquele. A propósito, confira-se<sup>42</sup>:

<sup>41</sup> Infelizmente, não faltam precedentes aqui e no estrangeiro de situações em que o Estado, após optar pela Arbitragem, na iminência do conflito, furta-se a respeitar o pactuado, recorrendo ao Judiciário e alegando imunidade de Jurisdição. A título de exemplo, cite-se o rumoroso caso em que a Companhia Paranaense de Energia-COPEL, tendo sido acionada pela UEG Araucária Ltda. em juízo arbitral, buscou a decretação de nulidade da cláusula arbitral através de ação declaratória intentada perante a justiça estadual de Curitiba.

<sup>42</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 03de fevereiro de 2012.

“(...) embora as íntimas conexões existentes entre boa-fé e segurança jurídica, no estado atual da ciência jurídica chegou-se a uma relativa separação desses conceitos. (...) Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de modificar sua conduta e alterar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.”

Pois bem, a relação do princípio da proteção à confiança com a participação do Estado em arbitragem desdobra-se em duas vertentes, uma negativa e outra positiva. A primeira será obstrutiva de qualquer postura estatal tendente a evitar a arbitragem e recorrer à sua própria jurisdição, quando instaurado um conflito. A segunda será indutora de um comportamento estatal coerente que mantenha uma lógica no seu agir e assim evite criar situações de conflito que acarretem a arbitragem.

Nesse diapasão, cumpre repreender a postura por vezes já assumida pelo Estado de furtar-se a participar de procedimentos arbitrais aos quais prévia e livremente se vinculou por meio de cláusulas compromissórias ou compromissos arbitrais. Perceba-se que ambos os pactos citados possuem natureza contratual, sujeitando as partes intervenientes à observância do princípio da boa-fé objetiva e dos deveres anexos que dele se originam. Isso significa que não pode qualquer das partes que avençou a resolução de disputas por meio da arbitragem pretender dela esquivar-se, porquanto configurada estará a contrariedade com um conduta própria anterior (*nemo potest venire contra factum proprium*).

Chega a ser mesmo intuitiva a ilicitude de semelhante conduta, seja porque a ninguém é dado beneficiar-se de sua própria torpeza, seja porque a mudança abrupta e injustificada do ajuste anterior, com o exclusivo intuito de escapar à força obrigatória dos contratos importa em violação ao dever anexo de lealdade, decorrente da confiança estabelecida entre as partes contratantes, a caracterizar o que modernamente convencionou-se denominar violação positiva do contrato<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> Na esteira do magistério de Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, tem-se que: “Não só a obrigação principal está sujeita ao inadimplemento – e às consequências dele advindas – como também o estão as obrigações acessórias, sejam aquelas previstas expressamente no título, sejam as que decorrem diretamente da lei e aquelas inerentes à própria relação obrigacional.

Imprescindível, outrossim, concluir que não só por uma razão de direito obrigacional tal conduta estatal não encontra guarida no ordenamento jurídico, mas, também, por uma questão de direito público. Isto porque o princípio da proteção à confiança inspirou o surgimento da teoria das autolimitações administrativas, que visa a coibir o comportamento contraditório por parte da Administração Pública<sup>44</sup>.

Em vistas dessa situação, a parte prejudicada terá o direito de instaurar o procedimento arbitral mesmo sem a participação do Estado, bem assim de exigir judicialmente o necessário suprimento para que esta ocorra, quando pendente a definição de algum elemento essencial, nos termos do artigo 7º da Lei Federal nº 9.307/96. Nada obstante, assistirá, ainda, à parte prejudicada pleitear perdas e danos em virtude do descumprimento contratual<sup>45</sup>.

A vertente positiva da relação entre o princípio da proteção da confiança e a arbitragem, por sua vez, vale-se da noção de que este método alternativo de resolução de conflitos não tolera o acobertamento dos erros das partes em confronto. A opção pela arbitragem traduz o desejo de soluções rápidas e eficientes para os conflitos, de sorte que apostar no litígio deixa de ser uma alternativa. Nesse sentido, manter a coerência do agir administrativo é mais do que um ato de respeito ao particular, é, inclusive, um comportamento eficiente e econômico. Conforme dito, acima, a escolha do procedimento arbitral interfere diretamente na questão da eficiência e da moralidade administrativa e, por tal razão, também se mostra benfazeja no que toca à proteção à confiança.

*Ganham relevo, nessa perspectiva, os chamados “deveres anexos”, oriundos da cláusula geral de boa-fé (CC, art. 422), tais como deveres gerais de informação, lealdade, cooperação, proteção dos interesses recíprocos, sigilo etc., cujo desatendimento induz a obrigação de indenizar, com fundamento na responsabilidade contratual. (...) A violação positiva do contrato abrange situações diversas entre si, que não se enquadram na categoria de inadimplemento da obrigação, nem naquela da mora. De acordo com Anelise Becker, em geral, consideram-se hipóteses de quebra positiva do contrato os casos de cumprimento defeituoso da prestação, de violação de deveres laterais ou anexos e os de inadimplemento antecipado.”*, TEPELINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 698/700.

<sup>44</sup> Sobre o tema, embora com enfoque em outra forma de contradição da atividade administrativa, confira-se: ARAGÃO Alexandre Santos de. *Teoria das Autolimitações Administrativas: Atos Próprios, Confiança Legítima e Contradição entre Órgãos Administrativos*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 14, maio/junho/julho 2008. Disponível na internet em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2012.

<sup>45</sup> Perfilhamos o mesmo entendimento esposado por Selma Lemes. Veja-se, a respeito: LEMES, Selma Maria Ferreira. *A Cláusula Compromissória e a Boa-Fé. Uma jurisprudência Pedagógica. Comentários à Sentença proferida pelo juiz Alexandre Alves Lazzarini da 16ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. Ação Declaratória. Processo n. 000.01.004878-2*. Disponível na internet em <[www.selmalemes.com.br](http://www.selmalemes.com.br)>. Acesso em 05 de fevereiro de 2012.

### 3. Princípios da Administração Pública que interferem no processamento da arbitragem

#### 3.1. Arbitragem e Publicidade

Argumento também bastante utilizado por aqueles que discordam da utilização da arbitragem pelo Estado é que ela conflitaria com o princípio da publicidade sediada, outrossim, no artigo 37 da Carta de Outubro. Funda-se tal alegação numa suposta inerência do sigilo ao procedimento arbitral que não poderia ser aplicável ao Estado quando este fosse parte.

Não se extrai consistência de semelhante argumentação na medida em que já de algum tempo a doutrina que se dedica ao estudo da arbitragem vem percebendo que o sigilo, embora represente uma vantagem de tal meio alternativo de solução de controvérsia, não lhe é essencial<sup>46</sup>. Aliás, foge à compreensão comum que um instituto eminentemente originário da autonomia da vontade deva ver-se aprisionado a qualquer característica que não as estritamente necessárias a sua definição ontológica.

O sigilo não é próprio da arbitragem, o que deveras avulta como uma idiosincrasia sua é a maleabilidade de conformação do seu processamento que, por consequência, viabiliza a opção, ou não, pela tramitação sigilosa do feito. E se assim o é, não há motivos para impedir a participação do Estado em arbitragens sob essa alegação.

Ademais, importa advertir que a publicidade, como, aliás, qualquer princípio, não é absoluto. Isso significa que ela é passível de ponderação no conflito com outros princípios de estatura constitucional, como o são diversos outros que recomendam a adoção de arbitragem pela Administração Pública. Quer-se dizer com isso que mesmo se o sigilo fosse atributo inafastável da arbitragem não haveria uma vedação abstratamente intransponível a sua utilização pelo Estado, pois numa ponderação à luz de casos concretos, talvez fosse possível demonstrar a vantagem de adotar-se a arbitragem, ainda que sigilosa, em homenagem a outros princípios constitucionais.

Fato é que a arbitragem pode processar-se sem que seja observado o sigilo, ou, ao menos, o sigilo absoluto<sup>47-48</sup>. É cediço que numa ponderação de princípios, deve-se,

<sup>46</sup> PINTO, José Emílio Nunes. *A Arbitrabilidade de Controvérsias nos Contratos com o Estado e as Empresas Estatais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2012.

<sup>47</sup> Sintetizando a questão, Lauro Gama pontifica: “*Em suma: não há antagonismo entre publicidade e arbitragem, cabendo à Administração, ao elaborar o edital de licitação e a minuta de contrato de PPP, determinar que o procedimento arbitral e suas decisões não serão sigilosos, mas, apenas, os aspectos da arbitragem que razoavelmente devam ser preservados da divulgação pública.*”. SOUZA JR., Lauro Gama e. *Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado)*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2012. No mesmo sentido, vide: LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitralidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?* Disponível na internet: <[www.selmalemes.com.br](http://www.selmalemes.com.br)>. Acesso em 05 de fevereiro de 2012.

<sup>48</sup> Marcus Juruena nos recorda duas questões relevantes. A primeira é que mesmo no processo judicial, há possibilidade de acolhimento do sigilo, quando a sua inobservância se mostra violadora de direitos fundamentais, como o direito à intimidade, ante o caso concreto. Nesse sentido o artigo 155 do CPC/73

sempre que possível, evitar o sacrifício total daquele que não se revela preponderante no caso concreto. De tal sorte que, ainda que recomendável a não adoção do sigilo na arbitragem, é possível que se o preserve minimamente, resguardando ao conhecimento exclusivo das partes fatos que não possuem qualquer relevância para terceiros; ou então dando conhecimento dos fatos exclusivamente aos órgãos incumbidos do controle da Administração Pública e não a toda e qualquer pessoa, com o que se evita o sacrifício desnecessário do interesse do particular contratado.

Anote-se, outrossim, que a necessidade de o Estado dar publicidade a seus atos é de conhecimento de todos, pelo que o particular que alvitra com ele pactuar já sabe, previamente, que na eventual necessidade de recurso à arbitragem, esta não poderá tramitar de forma sigilosa. Isso significa que o particular ao se relacionar com o Estado concorda em abdicar dessa opção pelo sigilo.

## 2.2. Arbitragem e Impessoalidade

O princípio da impessoalidade, que também tem matriz no artigo 37 da CRFB/88, não se relaciona com a existência, ou não, da possibilidade de o Estado participar de arbitragens, mas interfere diretamente no modo de realização desta opção. O citado axioma contempla, em reforço à ideia de que o Estado serve tão somente para o atendimento do interesse público, uma vedação a que os seus atos refujam a este objetivo, tornando ilegítima a perseguição de qualquer outro tipo de finalidade estranha ao interesse da sociedade, como os anseios do próprio administrador ou de terceiro.

Partindo-se dessa perspectiva, e aplicando-a ao procedimento de arbitragem em que o Estado tome parte, vislumbra-se a necessidade de respeito à impessoalidade tanto na eleição do árbitro quanto na escolha da instituição arbitral responsável pela organização e processamento da arbitragem. Ambas as situações tratam da contratação de prestação de serviços. Nada obstante, perceba-se que a reverência a tal princípio independe da obrigatoriedade de licitação para as referidas escolhas, impondo-se nas hipóteses em que ela é de rigor e nas que é inexigível.

A eleição do árbitro, por certo, se enquadra na hipótese prevista no artigo 25, II, da Lei Federal nº 8.666/93, que cuida da inexigibilidade de licitação em casos de serviços técnicos de natureza singular, prestados por profissional de notória especialização<sup>49</sup>. Nem por isso, está a Administração Pública autorizada a eleger um árbitro descreriosamente. É indúvidoso que há nestes casos espaço para a atuação discricionária do administrador, entretanto, não se há de entendê-la como uma autorização ilimitada a toda sorte de condutas por parte deste, que deve balizar-

se pela finalidade de atendimento ao interesse público, pelos princípios reitores da Administração Pública e pela razoabilidade. Portanto, a eleição do árbitro por parte da Administração Pública, conquanto discricionária, não prescindirá de sólida motivação que retrate a notória especialização do indicado, não apenas em arbitragem, mas sobretudo, na matéria objeto da querela<sup>50</sup>.

No que toca à escolha da instituição responsável por processar a arbitragem, não se nos afigura nenhuma razão para admitir que tal contratação escape à regra da licitação prévia. A uma, porque, mesmo supondo que tal serviço possa ser enquadrado como técnico, nos termos do artigo 13 da Lei Federal nº 8.666/93, não parece que se revista de singularidade<sup>51</sup>. A duas, porque a existência de diversas instituições que prestam dito serviço com a mesma excelência e com variação –por vezes acentuada –de custos denuncia a plena possibilidade de instaurar-se uma competição entre elas. Nem mesmo o argumento de que o regulamento de uma ou outra possa ser mais consentâneo aos interesses do Estado serve para obstar a licitação, porque as partes não precisam se valer do regulamento da instituição, podendo elas mesmas dispor sobre a forma de processamento da arbitragem<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Certo é que nem sempre é viável conhecer previamente a posição do indivíduo a ser escolhido como árbitro sobre a controvérsia em questão, mas casos há em que o mesmo notoriamente já esposou seu pensamento num dado sentido. Sendo assim, parece-nos acertado afirmar que a motivação da escolha do árbitro deve, sempre que possível, guiar-se por tal critério. Ou seja, deve-se priorizar a escolha de alguém que já tenha demonstrado estar de acordo com a posição defendida pela Administração Pública. Aliás, a eleição de um árbitro que manifestamente já se tenha revelado refratário a tese sustentada pelo Estado deve servir para demonstrar a irrazoabilidade de eventual escolha do mesmo. Fique claro que não há aqui uma intenção de influenciar de forma indevida no julgamento da causa. Não se deseja a escolha de árbitros parciais. Contudo, é comum que a arbitragem se desenvolva com o julgamento por um tribunal onde cada parte indica um árbitro e estes acordam a nomeação de um terceiro. E já que é facultado a cada parte a escolha de um dos árbitros, evidentemente, é legítimo que ela procure escolher alguém que, dentro dos limites éticos, saiba que possui entendimento que lhe favorece, mesmo porque a parte adversa procederá de igual forma.

<sup>51</sup> Nos termos do artigo 25, II da Lei Federal nº 8.666/93, não basta para que se afaste a exigibilidade do procedimento licitatório a caracterização do objeto do certame como serviço técnico enumerado no art. 13 da mesma lei. Mais do que por isso, é preciso que, cumulativamente, o tal serviço revista-se de natureza singular e seja prestado por profissional de notória especialização. Cumpre, destarte, observar, com Flávio Amaral, que: “A singularidade do serviço envolve a noção de algo incomum, que escapa dos padrões preconcebidos. As características intrínsecas do objeto contratado não possibilitam a sua comparação, eis que não se trata de serviço-padrão ou, como se diz, de prateleira, disponível no mercado.”. GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 50.

<sup>52</sup> A propósito, trazemos à baila o preceito contido no artigo 21, *caput* da Lei Federal nº 9.307/96, segundo o qual: “A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento”. Dissertando sobre tal faculdade, Carlos Alberto Carmona pontua, inclusive, que: “(...)pouco importa se as partes optaram por resolver seus litígios através de uma arbitragem *ad hoc* ou de uma arbitragem institucional, pois a invocação *per relationem* de regras arbitrais institucionais torna-as aplicáveis pelo tribunal arbitral. Em outros termos, podem as partes nomear como árbitros Caio, Tício e Sempronio, determinando-lhes que apliquem as regras do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, mesmo que este órgão não esteja administrando a arbitragem, de modo que a escolha das regras institucionais, não implica necessariamente a escolha de arbitragem institucional”. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 290/291. Parece-nos, então, que pela mesma ordem de

### 3.3. Arbitragem e Sindicabilidade

Como é sabido e ressaltado, todo e qualquer ato da Administração Pública só pode ter por única e exclusiva finalidade o atendimento do interesse público. Daí porque as condutas dos administradores devem ser sempre legais, legítimas e morais, sob pena de sancionamento daquele que de, alguma forma, cometa desvio de finalidade. Por óbvio, esta possibilidade de aplicação de sanções depende, antes, necessariamente, da existência de mecanismos de controle dos atos administrativos.

Nessa toada, desponta profundamente relevante para o Direito Administrativo o princípio da sindicabilidade, que consiste, justamente, na determinação da realização do controle da legalidade, da legitimidade e da licitude (moralidade) sobre toda a atuação administrativa com vistas à tutela dos direitos fundamentais<sup>53</sup>.

O controle pode dar-se de duas formas: interna (autocontrole) e externa (controle pelos demais poderes, Legislativo e Judiciário). O controle pelo Poder Legislativo é exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas. O controle pelo Poder Judiciário é exercido após provocação do particular, na qualidade de cidadão ou de interessado (esta configurada quando for atingido pelos efeitos do ato administrativo), do próprio Estado (eis que uma entidade estatal pode questionar o ato de outra) e do Ministério Público<sup>54</sup>.

Por uma série de razões que ora não convém discorrer, é inquestionável que dentro do sistema de controle dos atos administrativos vigente no Brasil, o controle exercido pelo Poder Judiciário sobressai como o mais importante<sup>55</sup>. Cumpre

então questionar se a substituição da jurisdição estatal pela solução alternativa de controvérsias mediante arbitragem não vulnera de alguma forma o princípio da sindicabilidade, na medida em que conflitos envolvendo a atuação da Administração Pública serão submetidos a um meio de resolução alheio à jurisdição estatal.

Parece-nos que não. O controle exercido pelo Judiciário não é nem o único, nem o mais desejável. Ao revés, é, inclusive, sintomático da incapacidade da Administração Pública de agir em conformidade com o ordenamento jurídico e de corrigir, ela própria, seus atos desviantes. Da mesma maneira que um conflito entre o particular e a Administração Pública pode ser resolvido por meio do exercício do autocontrole, de ofício ou por provocação daquele, sem o recurso ao Judiciário; igualmente vislumbra-se a possibilidade de tal solução advir de uma hetero composição privada, a qual ambas as partes aceitem se submeter e que seja desencadeada pela parte que se sentir prejudicada.

O que às vezes causa estranheza é que, pela forçada costume, mas não por um motivo real, parece que a solução do conflito perante o Poder Judiciário reveste-se de maiores garantias, inclusive porque o Ministério Público atua no feito como fiscal da lei, o que não ocorre em procedimentos arbitrais. Entretanto, é preciso atentar para o fato de que não cabe ao *parquet* intervir em qualquer processo judicial que tenha o Estado num de seus polos. Tal somente deve ocorrer quando estiver em questão algum dos escopos previstos no artigo 127 da CRFB/88, quais sejam, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ausentes da causa ditas circunstâncias, a atuação do órgão ministerial não é de rigor.

Como o objeto da arbitragem é limitado a controvérsias que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, tem-se que, em princípio, não se coaduna a nenhuma das hipóteses acima referidas. Ou seja, ainda que o litígio sobre esse tipo de questão fosse submetido à apreciação do Poder Judiciário, não seria o caso de o Ministério Público officiar na causa.

Rememore-se, por oportuno, que nem todo interesse defendido pela Administração Pública é indisponível. Apenas o interesse público primário, que é aquele consubstanciado pelos direitos fundamentais, individuais ou coletivos, postos à cura do Estado, reveste-se de indisponibilidade. O interesse público secundário, que se refere aos interesses da própria Administração Pública em si considerada são disponíveis<sup>56</sup>. Vê-se, pois, que é perfeitamente possível o Estado estar envolvido em querelas que versem tão somente sobre direitos patrimoniais disponíveis, seus e do particular com que se relaciona.

razões apresentadas por Carmona, nada obstará que as partes optassem por conferir a administração da arbitragem a uma instituição e escolhessem o regulamento de outra como norma aplicável ao procedimento. A flexibilidade característica da arbitragem não acolhe entendimento diverso.

<sup>53</sup> De acordo com Diogo de Figueiredo: "A sindicabilidade é, portanto, a possibilidade jurídica de submeter-se efetivamente qualquer lesão de direito e, por extensão, as ameaças de lesão de direito a algum tipo de controle. Assim, no campo do Direito Público, o princípio da sindicabilidade, de natureza instrumental, informará as teorias do controle de legalidade e legitimidade, bem como de licitude, envolvendo a competência do controle, a provocação, os processos e os efeitos das decisões na aplicação dos instrumentos de controle disponíveis.". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 93.

<sup>54</sup> Importante conquista da Constituição de 1988 foi o fortalecimento do controle pelos órgãos constitucionais autônomos – que são os Tribunais de Contas e o Ministério Público –, bem como a ampliação do objeto e dos parâmetros de controle dos atos administrativos pelo Judiciário. A ampliação do objeto do controle se deu, mormente, pela insubsistência do dogma de que o ato discricionário só era passível de controle em relação aos elementos competência, forma e finalidade; admitindo-se, nos dias correntes, também o controle do objeto e dos motivos destes atos, o chamado mérito administrativo, sob a perspectiva dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e dos direitos fundamentais. Já a ampliação dos parâmetros do controle deveu-se à nova hermenêutica proposta pelo neoconstitucionalismo, segundo a qual os princípios constitucionais e os direitos fundamentais passaram a gozar de normatividade e primazia. O correr da história nos vem demonstrando que o controle pelo Tribunal de Contas, a despeito dos avanços que conquistou, ainda encontra-se cercado por amarras oriundas de injunções políticas. Até aqui, neste primeiro quarto de vida democrática do país com a Constituição Cidadã, parece que a instituição que, de fato, se consolidou nesse mister foi o Ministério Público. E com ele, como não poderia deixar de ser, o próprio Judiciário, a quem, provocado pelo *parquet*, compete exercer o controle dos atos administrativos.

<sup>55</sup> Já de longa data nos vem os ensinamentos de Miguel Seabra Fagundes sobre a singular importância do controle judicial dos atos administrativos, bem elucidados na seguinte passagem: "Nos países de regime presidencial, como o nosso, ficando o Executivo, praticamente, acima das intervenções do Parlamento,

*que só de modo indireto e remoto influi na sua ação e a fiscaliza, cresce de importância a interferência jurisdicional, no exame da atividade administrativa. Torna-se indispensável dar-lhe estrutura e desenvolvimento correspondentes ao seu relevante papel no vinculamento da função administrativa à ordem jurídica. Na realidade, é só por ele que se confina, dentro da Constituição e das leis, o exercício do Poder Executivo, que, colocado acima do controle eficiente do Parlamento, só na atuação do Poder Judiciário pode encontrar limitação eficaz dentro do ponto de vista jurídico."* FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 137.

<sup>56</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Arbitragem nos Contratos Administrativos*. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 209, jul/set, 1997.p.83/85.

Por outro lado, controvérsias como estas, podem, excepcionalmente, ter desdobramentos que resvalam em direitos indisponíveis. A disponibilidade do interesse público secundário só se justifica na medida em que necessária à consecução do interesse público primário. Sendo assim, não pode o Estado descurar-se de proteger seu patrimônio – por exemplo, doando bens a um especulador – com objetivo de beneficiar antijuricamente (ilegal, ilegítima ou ilícitamente) determinados indivíduos.

Infelizmente, a julgar pelos registros de nossa história passada e presente, não é mero exercício da imaginação cogitar de um conluio envolvendo o administrador público e o particular para beneficiar este numa arbitragem. Nada obstante, o mesmo pode ocorrer sob pretexto do exercício do autocontrole, ou mesmo da realização de uma transação em sede de processo judicial. De tal sorte que, como se percebe, não importa como é resolvida a controvérsia sobre um direito patrimonial disponível do Estado, pois desvios de finalidade, que acarretam no aviltamento de direitos indisponíveis podem ocorrer, inclusive, no bojo de processos judiciais. O que importa é que a fiscalização sobre a atividade administrativa seja permanente e eficiente.

Em suma, não é preciso que haja um controle judicial sobre todo e qualquer litígio envolvendo a atividade administrativa do Estado, mesmo que digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis, apenas para a eventualidade de no curso dessa contenda, efetivar-se a violação de um direito indisponível. Deveras, isso seria mesmo uma ineficiência pelo desperdício de atividade jurisdicional. Restou assentado que ocorrida semelhante situação, o controle judicial sobre o ato administrativo viciado poderá ser desencadeado para corrigi-lo, bem assim que o processamento judicial de litígios arbitráveis não é garantia de que o interesse público não seja malferido.

Portanto, o que realmente releva é assegurar que a fiscalização dos atos administrativos pelos órgãos que detém tal incumbência - notadamente os Tribunais de Contas e o Ministério Público - seja efetivamente exercida. Por isso é que aos mesmos deve ser dado acesso ao teor do procedimento arbitral em que o Estado esteja envolvido, não podendo o sigilo, por vezes característico desse meio de solução de controvérsias, constituir óbice à sua atuação fiscalizatória, sem a qual resta impossível o exercício da sindicabilidade.

#### 4. Conclusão

A conclusão a que se chega ao cabo deste ensaio é a de que a nova feição do Direito Administrativo, caracterizada por uma vinculação aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, bem assim o novo modelo de Estado Gerencial, singularizado pela subsidiariedade e pela consensualidade, apontam para uma nova direção no que tange à solução de controvérsias em que a Administração Pública é parte. Em lugar do velho, desgastante e improdutivo recurso à jurisdição estatal, abre-se ao Estado a oportunidade de lançar mão de uma opção alternativa, marcadamente célere e especializada, qual seja, a arbitragem, em consonância aos princípios da juridicidade, da eficiência, da consensualidade, da economicidade, da competitividade, da moralidade e da proteção à confiança. Restando apenas

a necessidade de conformar o procedimento arbitral de molde a que respeite os princípios da publicidade, da impessoalidade e da sindicabilidade.

#### Bibliografia:

ARAGÃO Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 4, nov/ dez 2005, jan 2006. Disponível na internet em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2012.

\_\_\_\_\_. Teoria das Autolimitações Administrativas: Atos Próprios, Confiança Legítima e Contradição entre Órgãos Administrativos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 14, maio/junho/julho 2008. Disponível na internet em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2012.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. In: Temas de Direito Administrativo e Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 897 p.

\_\_\_\_\_. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 341p.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. 571 p.

COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, abri/maio/junho, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2012.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 10ª ed. Salvador: Jus Podium, 2008. 594p.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 7ª ed. Atualizada por Gustavo Binjenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 538 p.

GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 525p.



LEMES, Selma Maria Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. 319 p.

\_\_\_\_\_. *Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado*. Disponível na internet em <[www.selmalemes.com.br](http://www.selmalemes.com.br)>. Acesso em 05 de fevereiro de 2012.

\_\_\_\_\_. *Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos: Arbitralidade Objetiva, Confidencialidade ou Publicidade Processual?* Disponível na internet: <[www.selmalemes.com.br](http://www.selmalemes.com.br)>. Acesso em 05 de fevereiro de 2012.

\_\_\_\_\_. *A Cláusula Compromissória e a Boa-Fé. Uma jurisprudência Pedagógica. Comentários à Sentença proferida pelo juiz Alexandre Alves Lazzarini da 16ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. Ação Declaratória. Processo n. 000.01.004878-2*. Disponível na internet em <[www.selmalemes.com.br](http://www.selmalemes.com.br)>. Acesso em 05 de fevereiro de 2012.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil*. Disponível na internet em Disponível na internet em <[www.batistamartins.com.br](http://www.batistamartins.com.br)>. Acesso em 06 de fevereiro de 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro. Forense: 2009. 759 p.

\_\_\_\_\_. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência e Resultado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 161 p.

\_\_\_\_\_. *A Arbitragem nos Contratos Administrativos*. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 209, jul/set, 1997. 81–90 p.

PINTO, José Emílio Nunes. *A Arbitrabilidade de Controvérsias nos Contratos com o Estado e as Empresas Estatais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2012.

SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. In: *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 308 p.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Arbitragem em Contratos Firmados por Empresas Estatais*. In: *Direito Administrativo em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 589 p.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 427 p.

SOUZA JR., Lauro Gama e. *Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado)*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2012.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 773 p.