



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**GERMANA RAQUEL SILVA NEVES**

**O CABIMENTO DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS  
ORIUNDOS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**FORTALEZA  
2013**

GERMANA RAQUEL SILVA NEVES

O CABIMENTO DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS  
ORIUNDOS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Trabalho de Conclusão de Curso na área de Direito Processual Civil, submetido à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professora Mestre Janaína Soares Noleto Castelo Branco.

FORTALEZA  
2013

GERMANA RAQUEL SILVA NEVES

O CABIMENTO DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS  
ORIUNDOS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Trabalho de Conclusão de Curso na área de  
Direito Processual Civil, submetido à  
Coordenação do Curso de Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como requisito  
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professora Mestre Janaína Soares Noleto Castelo Branco (Orientadora)  
Universidade Federal do Ceará – UFC

---

Professora Mestre Fernanda Cláudia Araújo da Silva  
Universidade Federal do Ceará – UFC

---

Professor Mestre William Paiva Marques Júnior  
Universidade Federal do Ceará – UFC

A Deus, pela vida.  
À minha família, a melhor parte de mim.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, meu Pai Misericordioso, meu Protetor, meu Refúgio, minha Força, meu Início e meu Fim.

À Mamãe, meu porto seguro, minha sempre companheira, meu amor maior, meu tudo. “Eu não existo longe de você!”.

Ao Papai, minha ternura, meu xodó, meu amor inexplicável, meu exemplo e minha inspiração.

À Yana, minha irmãzinha, minha metade, meu presente de Deus, meu amor incondicional.

A Carolina, Eduardo e Letícia, companheiros de tantos casos, amizades que pude (re)descobrir nessa etapa tão importante e que com certeza levarei por toda a minha vida.

A Victor Menezes e Victor Mota, amigos que a Procuradoria da República me trouxe, sem cujo auxílio esse trabalho não se teria concretizado.

A Debora, minha amiga mestranda, por todo o apoio durante essa etapa.

Aos meus amigos, meu tesouro.

À Professora Janaína Soares Noletto Castelo Branco, por haver aceitado me orientar neste trabalho e haver confiado na minha capacidade.

À Professora Fernanda Cláudia Araújo da Silva, de quem tive a honra de ser monitora durante o ano de 2012, e ao Professor William Paiva Marques Júnior, por haverem aceitado, tão prontamente, compor a banca examinadora.

Aqueles que cruzaram meu caminho durante esse período e que contribuíram, de alguma forma, para meu engrandecimento pessoal e para minha formação jurídica.

*“A grandeza não consiste em receber honras, mas em merecê-las”.*

Aristóteles.

## **RESUMO**

Examina a origem sociológica dos conflitos e a evolução histórica dos meios de solução de controvérsias. Analisa a função do direito de tratamento de conflitos em um contexto de crise da jurisdição estatal. Delineia os conceitos e características da arbitragem, discorrendo acerca de sua controversa natureza jurídica. Aponta os avanços trazidos pela Lei nº 9.307/96 ao microsistema arbitral. Analisa o regramento feito pelo Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil. Estuda a Administração Pública e seu regime jurídico. Aborda a função administrativa e delimita os contornos da noção de interesse público. Conceitua contratos administrativos e destaca sua importância para a consecução da função administrativa. Trata dos argumentos contrários à admissibilidade da via arbitral no âmbito dos contratos administrativos, expondo a improcedência de cada um deles. Demonstra a adequação da arbitragem, em virtude de sua celeridade e tecnicidade, à solução de conflitos oriundos de contratos administrativos, os quais demandam uma solução rápida e eficiente, por envolverem diretamente a realização do interesse público.

Palavras-chave: Processo civil. Arbitragem. Contratos Administrativos.

## **ABSTRACT**

Examines the sociological origin of conflicts and the historical evolution of the means of dispute resolution. Analyzes the law's function of dealing with conflicts in a context of state jurisdiction crisis. Outlines the concepts and characteristics of arbitration, expounding on his controversial legal nature. Points the advances brought by Law No. 9.307/96 to the arbitral microsystem. Analyzes the regulation made by new Civil Process Code Project Law. Studies the Public Administration and its legal framework. Explains the administrative function and delimits the outlines of public interest notion. Conceptualizes administrative contracts and highlights its importance to the achievement of administrative function. Discusses arguments contrary to the admissibility of the arbitral way in administrative contracts ambit, explaining the inappropriateness of each one of them. Demonstrates arbitration's adequacy, because of its celerity and technical capability, to resolution of conflicts originated from administrative contracts, which require a fast and efficient solution, for directly involving the achievement of public interest.

**Key words:** Procedural Law. Arbitration. Administrative contracts.



## SUMÁRIO

|                                                                                                          |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO.....                                                                                          | 10 |
| 1 A SOCIEDADE, OS CONFLITOS E O DIREITO.....                                                             | 13 |
| 1.1 Homem como ser gregário. Inevitabilidade dos conflitos.....                                          | 13 |
| 1.2 Papel do direito na solução de conflitos.....                                                        | 15 |
| 1.3 Mecanismos de tratamento dos conflitos sociais.....                                                  | 17 |
| 2 A ARBITRAGEM: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E PECUALIARIDADES.....                        | 23 |
| 2.1 Antecedentes históricos.....                                                                         | 23 |
| 2.2 Conceituação. Características.....                                                                   | 25 |
| 2.2.1 <i>Autonomia da vontade</i> .....                                                                  | 28 |
| 2.2.1.1 <i>Convenção de arbitragem. Compromisso arbitral. Cláusula compromissória</i> .....              | 28 |
| 2.2.1.2 <i>Arbitrabilidade</i> .....                                                                     | 29 |
| 2.2.1.3 <i>Escolha dos árbitros</i> .....                                                                | 30 |
| 2.2.1.4 <i>Possibilidade de escolha da norma aplicável. Flexibilidade do procedimento arbitral</i> ..... | 32 |
| 2.2.1.5 <i>Celeridade</i> .....                                                                          | 33 |
| 2.3 Natureza jurídica.....                                                                               | 35 |
| 2.3.1 <i>Tese contratualista (privatista)</i> .....                                                      | 36 |
| 2.3.2. <i>Tese jurisdicionalista (publicista)</i> .....                                                  | 37 |
| 2.4 O instituto após a Lei nº 9.307/96.....                                                              | 41 |
| 2.5 A arbitragem no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil.....                                 | 45 |
| 3 O CABIMENTO DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS ORIUNDOS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....  | 49 |
| 3.1 Administração Pública.....                                                                           | 49 |
| 3.1.1 <i>Regime jurídico-administrativo. Interesse público</i> .....                                     | 50 |
| 3.1.2 <i>Contratos administrativos</i> .....                                                             | 53 |
| 3.2 Arbitragem no âmbito dos contratos administrativos: discussão.....                                   | 59 |
| 3.2.1 <i>A suposta incompatibilidade da arbitragem com a Constituição</i> .....                          | 61 |
| 3.2.1.1 <i>A aparente ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público</i> .....            | 62 |
| 3.2.1.2 <i>A aventada afronta ao princípio da legalidade administrativa</i> .....                        | 67 |

|                                                                                                                                                 |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3.2.1.3. <i>A tese de ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional</i> .....                                               | 68 |
| 3.2.1.4 <i>As questões em torno das regras constitucionais de competência, do princípio do juiz natural e do princípio da publicidade</i> ..... | 69 |
| 3.2.2. <i>Os questionamentos diante da previsão de cláusula de foro obrigatória pela Lei nº 8.666/93</i> .....                                  | 72 |
| 3.3 O cabimento da arbitragem como meio de solução de litígios oriundos de contratos administrativos.....                                       | 73 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS.....                                                                                                                       | 76 |
| REFERÊNCIAS.....                                                                                                                                | 78 |

## INTRODUÇÃO

O papel da Administração Pública como ente contratante é imprescindível para a consecução de sua função administrativa e para o próprio funcionamento da máquina pública.

Em assim sendo, a fim de garantir a efetividade das avenças e a realização, em última análise, do próprio interesse público, fundamental se faz a articulação de mecanismos eficientes e idôneos para a solução de litígios porventura havidos no âmbito desses ajustes.

Nesse contexto, perante a crise do Judiciário, a morosidade na tramitação judicial, a ineficiência da atividade jurisdicional estatal ante o grande volume de demandas e a necessária concretização da garantia constitucional de acesso a uma ordem jurídica justa, muitos doutrinadores têm defendido a conscientização, principalmente por parte dos operadores do direito, da necessidade de se promover outros meios, que não o judicial, de solução de controvérsias, ponto em que surge o emprego da arbitragem na resolução de conflitos surgidos no âmbito de contratos administrativos.

A ideia de submeter entidades públicas ao crivo decisório privado já é por si só interessante, trazendo em seu seio uma série de objeções e reveses à sua aplicabilidade.

Em que pese a simplificação procedimental e os benefícios advindos da utilização do método extrajudicial de resolução de conflitos em comento, persiste posicionamento doutrinário apontando para a incompatibilidade da utilização de tal método privado no âmbito do Poder Público.

Segundo tais estudiosos, essa prática esbarraria em princípios fundamentais que permeiam nosso ordenamento jurídico, tais como o da indisponibilidade do interesse público, o da inafastabilidade da jurisdição, o do juiz natural e o da legalidade, sem falar da aventada subversão a regras de competência constitucionalmente insculpidas.

Segundo essa concepção, como o interesse público é indisponível e a atuação do Poder Público se volta essencialmente à sua realização, permitir que o ente estatal submeta seus litígios (que, segundo esse raciocínio, seriam sempre de direito indisponível) à arbitragem, no seio da qual só se admite a discussão acerca de direitos disponíveis, constituiria verdadeira afronta à lógica jurídica, ao princípio da indisponibilidade do interesse público e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A aplicação da cláusula compromissória encontra, consoante esse entendimento, três grandes óbices, de maneira tal que seu emprego deve sempre respeitar os princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público e o da inafastabilidade da jurisdição.

Para outros estudiosos, integrantes da corrente majoritária, as divergências sobre a aplicação da arbitragem se encerram em seu próprio conceito, haja vista que se trataria de um meio extrajudicial para resolução de conflitos de ordem patrimonial, envolvendo direitos disponíveis, o que, por óbvio, não abrangeria os direitos intrinsecamente ligados ao interesse público, indisponíveis por natureza.

Esses pensadores pautam-se na lógica de que para que o Estado realize suas atividades e promova o interesse público, pode ele realizar atos de disposição patrimonial, tal qual se dá em compras, alienação de bens e contratações. Assim, exercendo sua capacidade contratual e tratando-se de direitos disponíveis e economicamente aferíveis, não há qualquer óbice a que o Estado pactue convenção arbitral para solucionar conflito.

Arremata o raciocínio o fato de que, se, nesses casos, a controvérsia pode ser resolvida até mesmo extrajudicialmente, não subsiste qualquer razão para que se impeça a submissão do litígio à via arbitral.

O presente trabalho será estruturado em 3 (três) partes.

Na primeira delas, tendo em vista a impossibilidade de se abordar um meio de solução de controvérsias sem investigar a origem das dissidências, proceder-se-á a uma análise histórica, jurídica e sociológica acerca dos conflitos. Destacar-se-á, a princípio, a natureza gregária do ser humano e a inevitabilidade da ocorrência de choques. Em seguida, abordar-se-á a imediata relação entre sociedade e direito e as funções do direito, com destaque para a função de direção de condutas e para a de tratamento de conflitos. Por fim, promover-se-á um estudo histórico da evolução dos meios de solução de controvérsias, essencial para o entendimento da atual conjuntura no que tange às formas de dirimir litígios.

Na segunda parte, já ambientado o tema, adentrar-se-á no estudo da arbitragem em si. Primeiramente analisaremos a evolução histórica do instituto, primordial para a compreensão de seus caracteres. Em seguida, estudar-se-á a conceituação e as características da arbitragem à luz da legislação vigente, imergindo, após, no exame da controversa natureza jurídica do instituto, destacando-se o posicionamento das duas principais correntes, a contratualista e a jurisdicionalista. Finalmente, tecer-se-á considerações sobre o avanço

promovido pela Lei nº 9.307/96 no microsistema arbitral, abordando, ainda, o regramento trazido pelo Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil.

Na terceira e última parte cuidar-se-á do cerne do tema, procedendo-se, de início, ao estabelecimento de considerações preliminares acerca da Administração Pública e de seu regime jurídico-administrativo. Posteriormente, debruçar-se-á sobre o interesse público, firmando sua definição e a diferença entre interesse público primário e secundário, essenciais ao desenvolvimento deste trabalho. Logo após, delimitar-se-á as linhas conceituais dos contratos administrativos, diferenciando-o dos chamados contratos da Administração e ressaltando as noções acerca de concessão e permissão de serviços públicos e parceria público-privada. Em seguida, promover-se-á a discussão do tema, analisando e desconstituindo, individualmente, as razões levantadas como suficientes para afastar o cabimento da arbitragem no âmbito dos contratos administrativos. Ao final, não só se esclarecerá viabilidade do emprego da via arbitral no seio dos contratos administrativos, mas também se demonstrará sua adequação e efetividade no que toca a essa espécie de ajustes, figurando, dessa forma, como legítimo meio de acesso à justiça diante de uma moderna noção de interesse público em um contexto de reestruturação do Estado.

É consabido que a arbitragem não goza de privilégio em nossa cultura jurídica, sendo mal vista e interpretada por grande parte dos operadores do direito, imbuídos de uma cultura de enaltecimento ao papel do Estado, vislumbrado como fonte única de solução de litígios. Busca-se, com o presente trabalho, conferir modesta contribuição à corrente que visa a expandir a abrangência do instituto arbitral, o qual, por mostrar-se plenamente adequado ao tratamento de determinadas controvérsias, acaba por figurar como interessante meio alternativo de solução de conflitos, contribuindo, assim, para a concretização do princípio de acesso à justiça.

## 1 A SOCIEDADE, OS CONFLITOS E O DIREITO.

A afirmação de que “o homem é um animal [...] mais social que as abelhas e os outros animais que vivem juntos”, feita por Aristóteles (384 a.C. - 322 a.C.) (1998, p. 5) na obra “A Política”, traduz, de forma cristalina, a natureza gregária do ser humano.

### 1.1 Homem como ser gregário. Inevitabilidade dos conflitos.

O homem tende não só à existência, mas, sobretudo, à coexistência. Dentre as necessidades humanas mais prementes está a de convívio social, a qual implica o estabelecimento de vínculos e laços que levam à constituição dos mais diversos tipos de agrupamentos humanos (família, tribo, clã, Estado) (SANTOS, 2006, p. 253). É intrínseca à natureza humana a tendência de viver em grupos, de estabelecer relações sociais.

Entelman (2005, p. 46-47 *apud* SANTOS, 2006, p. 253) entende que relações sociais são situações aquelas em que o ser humano compreende, orienta e determina sua conduta em reciprocidade à conduta estabelecida pelo outro.

No seio dessas condutas recíprocas estabelecidas, a constante interação social, ocorrida de múltiplas formas e em variados níveis (indivíduos, grupos, organizações e coletividades) e intensidades, torna inevitável a ocorrência de choques de interesses, ideias, valores e sentimentos.

Nesse ponto, em colocação elucidativa, Bolzan de Moraes e Spengler (2008, p. 52) aduzem que:

[...] nenhuma sociedade é perfeitamente homogênea, salvo aquelas utópicas. Essa heterogeneidade resulta em desacordos, discórdias, controvérsias, turbulências, assim como choques e enfrentamentos. Toda a ordem social é, a respeito de uma desordem, ao menos latente, uma circunstância que pode ameaçar a coesão social. O jogo de dissensões se traduz segundo o desejo de uns de impor seus pontos de vista sobre outros mediante a persuasão, o domínio, ou por outros meios. Por isso, o choque de interesses e de aspirações divergentes desenvolve uma relação de forças.

Para esses autores (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 46), o conceito de conflito, “esse confronto de duas vontades quando uma busca dominar a outra com a expectativa de lhe impor a sua solução”<sup>1</sup> pode ser desmembrado em três importantes

---

<sup>1</sup> Rummel (1976, p. 237-257 *apud* BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 48), a respeito, fala em “equilíbrio dos vetores de poder”.

aspectos: (a) trata-se de enfrentamento voluntário<sup>2</sup> (b) entre seres da mesma espécie, (c) tendo como objeto um direito entendido não somente como uma disposição formal, mas também como uma reivindicação da justiça.

Tratando do tema, Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco (2008, p. 26) delinham que:

Esses conflitos caracterizam-se por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque (a) aquele que poderia satisfazer sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (p. ex., a pretensão punitiva do Estado não pode ser satisfeita mediante um ato de submissão do indigitado criminoso).

Essa comum - e, até, intuitiva - aceção de conflito como dissidência, oposição, rompimento e embate convive, entretanto, com um paradoxal perspectiva do confronto como elemento de união e coesão, na medida em que aqueles que se digladiam convivem em um mesmo contexto, submetendo-se, muitas vezes, aos mesmos referenciais, ideais coletivos e modelos culturais, de maneira que:

Não se pode ignorar, na análise atenta de Simmel, o singular e aparente paradoxo “comunitário” do conflito entre dois litigantes. Aquilo que os separa, a ponto de justificar o litígio, é exatamente aquilo que os aproxima, no sentido de que eles compartilham a lide e um intenso mundo de relações, normas, vínculos e símbolos que fazem parte daquele mecanismo (SIMMEL, 1983, p. 42 *apud* BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 55).

É de se notar, assim, o “caráter sociologicamente positivo do conflito” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 53), caráter esse que se manifesta, sobretudo, em seu papel como elemento motor de transformações na sociedade por meio da valorização de certas configurações sociais em detrimento de outras. Isso porque

[...] o conflito é uma forma social possibilitadora de elaborações evolutivas e retroativas no concernente a instituições, estruturas e interações sociais, possuindo a capacidade de constituir-se num espaço em que o próprio confronto é um ato de reconhecimento produzindo, simultaneamente, uma transformação das relações daí resultantes. Desse modo, o conflito pode ser classificado como um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder no qual uma parte influencia e classifica o movimento da outra (BOLZAN DE MORAIS, SPENGLER, 2008, p. 48).

---

<sup>2</sup> Exemplo do indivíduo que, distraído, colide em uma pedra. Aqui não há que se falar em conflito entre o indivíduo e a pedra, pois ele não possuía a intenção de ir de encontro a ela (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 46).

Desta feita, deve o conflito ser encarado não como um fenômeno patológico, e sim como um fato, um evento fisiológico inerente e fundamental às relações sociais humanas, vez que “uma sociedade sem conflitos é uma sociedade estática” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 47).

Em que pese seu viés sociologicamente positivo, o conflito implica, invariavelmente, seja pela resistência de outrem ou pelo veto jurídico à satisfação voluntária, a insatisfação de um indivíduo, insatisfação essa que “é sempre um fator antissocial, independentemente de a pessoa ter ou não direito ao bem pretendido”, eis que “a indefinição de situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 26).

## 1.2 O papel do direito na solução de conflitos.

Percebe-se, nesse ponto, a indissociável e imediata correlação, ilustrada pelo brocardo latino *ubi societas ibi jus*, entre a sociedade e o direito, haja vista que “desde o momento em que o ser humano, por motivos econômicos, étnicos, religiosos etc., começa a relacionar-se e a agrupar-se, aparece a necessidade da existência de regras reguladoras de suas relações sociais.” (ROCHA, 2009, p. 10-11).

O direito existiu como criação social em todas as épocas, em virtude, decerto, de sua função ordenadora, isto é, de seu papel de coordenação de interesses divergentes, de organização da cooperação entre os indivíduos e de composição dos conflitos. Explicitando essa missão do direito, observam Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 25) que:

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar.

Rocha (2009, p. 10), ao abordar a relação entre direito e sociedade, entende que a experiência jurídica pode ser vista sob o espectro de quatro funções, das quais elege duas como as mais necessárias e universais <sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Rocha (2009, p. 10) enumera as funções de direção das condutas; de tratamento dos conflitos, de integração social e de legitimação do poder.



A função de direção das condutas relaciona-se à essência regulativa do direito de “fazer com que o grupo social aceite os modelos de conduta prescritos por suas normas como pauta de comportamento” (ROCHA, 2009, p. 11). Ao incutir padrões comportamentais e valores, o direito “dirige” as condutas sociais, conferindo “ordem”, surgindo daí a expressão “ordem jurídica” e “ordenamento jurídico”.

Bobbio (2008, p. 3-4), ao considerar o direito como “um conjunto de normas, ou regras de conduta”, esclarece:

Nossa vida desenvolve-se em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas na verdade estamos envoltos numa densa rede de regras de conduta, que desde o nascimento até a morte dirigem nossas ações nesta ou naquela direção. A maior parte dessas regras já se tornou tão habitual que não percebemos mais sua presença. [...] Podemos comparar o nosso procedimento na vida com a trajetória de um pedestre numa cidade grande: aqui o sentido é proibido, ali o sentido é obrigatório; e mesmo onde é livre, a parte da rua que ele deve seguir costuma ser rigorosamente sinalizada. Toda a nossa vida está repleta de placas indicativas, sendo que umas prescrevem um certo comportamento, outras proíbem que se tenha um outro comportamento. Muitas dessas placas indicativas são constituídas por regras do direito. Podemos dizer desde já, ainda que em termos genéricos, que o direito constitui uma parte notável, e talvez também a parte mais visível, da nossa experiência normativa. E por isso um dos primeiros resultados do estudo do direito é de nos tornar conscientes da importância do normativo em nossa existência individual e social.

Pode-se imaginar a história como um imenso mar de gente fechado com diques: os diques são as regras de conduta, religiosas, morais, jurídicas, sociais, que mantiveram a corrente das paixões, dos interesses e dos instintos dentro de certos limites e permitiram a formação daquelas sociedades estáveis, com suas instituições e seus ordenamentos, que chamamos de “civilização”.

Ao abordar a inseparabilidade do conflito da vida social, Rocha (2009, p. 11) traz à tona a função de tratamento dos conflitos sociais, “no sentido de que o direito não só dirige as condutas, mas também edita regras para administrar os conflitos inerentes à vida gregária.”. Para ele, o conflito surge da “inefetividade das normas de direção das condutas”, de maneira tal que a função de tratamento dos conflitos é uma intervenção posterior ao conflito, ou seja, busca repreendê-lo, enquanto a função de direção das condutas lhe é anterior, visando preveni-lo.

Anote-se, aqui, que Rocha (2009, p. 11) prefere a expressão “tratamento de conflitos” à comumente usada “pacificação social” e a outras sinônimas, pois, a seu ver<sup>4</sup>,

---

<sup>4</sup> Ainda no que tange ao aspecto terminológico acerca os termos usados para designar a composição de conflitos, posicionam-se Bolzan de Moraes e Spengler (2008, p. 71) no sentido de impropriedade da expressão “eliminação”, pois, para eles, os conflitantes, ainda quem em polos antagônicos, são estruturalmente vinculados: “o ‘vínculo’ é a condição *sine qua non* do conflito”. Dessa forma, não compete ao órgão julgador “eliminar

Enunciados desse tipo têm conotação apologética: induzem à ideia de ser o direito instrumento destinado a promover a paz social, desconhecendo ou escondendo seu papel às vezes desagregador no sentido de que nem sempre pacifica os conflitos, mas de quanto em quando, os agrava e reitera.

Ainda sobre a temática, o autor cita a função de integração social do direito como aquela por meio da qual o direito promove a coesão social, na medida em que uma pluralidade de indivíduos distintos adere a um mesmo sistema de normas, o que os transforma em um todo integrado e harmônico. Destaca, também, que “para que os sujeitos adiram a essas normas é preciso que elas sejam legítimas, isto é, reconhecidas como tais pelos sujeitos” (ROCHA, 2009, p. 12).

Por fim, Rocha (2009, p. 12) aponta a função do direito de legitimação do poder, que se manifesta sob duas condições: (a) o direito é legítimo, enquanto produzido conforme os procedimentos democráticos constitucionalmente previstos; (b) o exercício do poder se dá de forma legítima na medida em que o acesso a ele e o seu posterior exercício se dão segundo regras estabelecidas pelo direito legitimamente construído.

Estabelecidas essas noções propedêuticas, basilares para o entendimento e desenvolvimento do presente trabalho, cabe analisar os meios de tratamento dos conflitos em si, sua evolução e peculiaridades, para somente então adentrarmos ao cerne de nossa temática, qual seja, o estudo da arbitragem.

### **1.3 Mecanismos de tratamento dos conflitos sociais.**

Os modos pelos quais cada sociedade regula os conflitos que ocorrem em seu âmbito inevitavelmente variam no espaço e no tempo<sup>5</sup>, haja vista serem diretamente relacionados à conjuntura e às regras de conduta (jurídicas, morais, sociais, éticas etc.) vigentes, elementos em contínua construção e, portanto, dinamicidade.

Em tempos mais remotos, nas fases primitivas da civilização, inexistia um poder central organizado, um Estado suficientemente forte a ponto de “impor o direito acima da vontade dos particulares” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 27), sobrepondo-

---

vínculos existentes entre os elementos – ou unidades – da relação social, a eles caberá, mediante suas decisões, interpretar diversificadamente este vínculo [...]”.

<sup>5</sup> Destaca-se que a exposição não trata de sequência rigorosamente cronológica, haja vista que “a história humana não é retilínea, ao contrário, ela é contraditória, com avanços, estagnações e, às vezes, até retrocessos.”. (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 116)

se aos ímpetos individualistas dos sujeitos e interferindo na esfera privada de cada um. Além de não haver um órgão estatal dotado de soberania não havia, à época, leis propriamente ditas, mas tão-somente uma normatização mínima decorrente dos costumes.

Vigorava, então, um regime de vingança privada em que a solução do conflito era imposta mediante o uso da força, de maneira que um indivíduo, por seus próprios meios, alcançava a satisfação da sua pretensão por meio da subjugação de seu adversário.

Esse meio de dirimir o conflito, também conhecido como autotutela ou autodefesa, mostra-se repulsivo, pois garante “a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 27), sacrificando o critério da justiça e gerando “intranquilidades comprometedoras do convívio social” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 58). Seu emprego é atualmente proscrito em nosso ordenamento<sup>6</sup> com, inclusive, a tipificação penal de tal conduta, nos moldes do artigo 345 (exercício arbitrário das próprias razões) do Código Penal.

Outro meio de tratamento de conflitos presente desde os tempos mais primitivos é a autocomposição, segundo a qual a construção da solução para o confronto é obtida por participação dos litigantes, em conjunto ou isoladamente. Nesse caso, como a solução é “produzida pelas partes, seu grau de eficácia é elevado” (ROCHA, 2009, p. 13).

Conforme as concessões em busca de uma solução advenham de uma das partes ou de ambas, a autocomposição pode ser unilateral ou bilateral.

A autocomposição unilateral pode se dar por meio da chamada desistência, quando o detentor da pretensão a ela renuncia, ou através da designada submissão, que ocorre quando o adversário do titular da pretensão abdica de oferecer resistência a ela (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 27).

O consenso é fundamento da autocomposição bilateral, que se perfaz quando ambas as partes fazem concessões recíprocas.

---

<sup>6</sup> Considerando a impossibilidade de onipresença do Estado e a desconfiança no altruísmo alheio, a legislação brasileira permite, excepcionalmente, o emprego legítimo da autotutela nos seguintes casos: “(i) legítima defesa, exercício regular de direito e estado de necessidade (CC, art. 188; CP, arts. 23, 24 e 25); (ii) autotutela nas obrigações de fazer ou não fazer em casos de urgência (CC, art. 249, parágrafo único e art. 251, parágrafo único); (iii) desforço imediato para a proteção da posse (CC, art. 1.210, §1º); (iv) direito de cortar as raízes e os ramos de árvore que ultrapassem a estrema do prédio (CC, art. 1.283); (v) direito de retenção de bens (CC, arts. 578, 644, 1.219, 1.433, II, 1.423; art. 35 da Lei nº 8.425/91); (vi) penhor de bagagens, móveis, joias ou dinheiro por dívida de hospedagem (CC, art. 1.469); (vii) embargo extrajudicial de obra, pelo prejudicado, em caso de urgência (CPC, art. 935).” (AMARAL, 2012, p. 20-21)

A autotutela e a autocomposição são ditas métodos autônomos (ou parciais), eis que levadas a cabo pelas próprias partes, pelos próprios envolvidos no conflito, seja através da força, seja por meio da condescendência.

Ocorre que, paulatinamente, os indivíduos acabaram por preferir, em vez de uma solução intentada por eles mesmos, a destinação dada ao conflito por um terceiro imparcial, estranho a ele. “Essa interferência, em geral, era conferida aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social [...]” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 27).

Esse terceiro imparcial, denominado árbitro, decidia com base nos “padrões acolhidos pela convicção coletiva”<sup>7</sup>, sendo, a princípio, designado pelos conflitantes, com base na confiança, em fase conhecida como arbitragem facultativa. Nesse momento histórico, correspondente ao direito romano arcaico, a interferência do Estado no tratamento dos conflitos, que começava a esboçar-se, dava-se mediante a figura do pretor, perante o qual os indivíduos em conflito compareciam comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido (compromisso esse chamado de *litiscontestatio*). O pretor, então, conferia ao árbitro já escolhido pelos conflitantes o encargo de ditar a solução para a causa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 27).

A intervenção estatal na destinação dos conflitos aumentou à medida que o Estado se fortaleceu. Assim, em decorrência de seu amadurecimento, o ente estatal, em vez de simplesmente investir o árbitro escolhido pelos litigantes, como se dava na arbitragem facultativa, passou a ter o poder de nomeá-lo, implantando-se o sistema da arbitragem obrigatória<sup>8</sup>.

Em seguida, com seu poder progressivamente se consolidando, o Estado avançou, de forma tal a seu papel no tratamento de conflitos passar a alcançar o conhecimento do mérito dos litígios entre particulares, não mais se restringindo à mera nomeação ou aceitação de nomeação de um árbitro (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 29).

---

<sup>7</sup> Note-se que a figura do julgador, historicamente, surgiu antes da figura do legislador (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 28).

<sup>8</sup> Cumpre destacar, que, nesse contexto, a fim de facilitar a sujeição dos conflitantes à decisão de um terceiro, começam e ser previstas, pela autoridade pública, normas gerais e abstratas, destinadas a servir de critério objetivo, distanciando temores de julgamentos arbitrários. Nasce, nesse momento, a figura do legislador. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 28). Para esses autores (2008, p; 29), junto com a arbitragem obrigatória teria surgido o processo propriamente dito.

Completa-se, nesse momento, “o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública”. Os julgadores, designados juízes, atuam, então, em substituição às partes, que, não podendo agir (em decorrência da vedação à autotutela), fazem agir, provocando o exercício da atividade jurisdicional (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 29).

Essa atividade por meio da qual os juízes estatais “ditam o direito para o caso concreto de forma impositiva, com o intuito de assegurar a convivência social através da neutralização do conflito” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 58), é chamada jurisdição.

É de se notar, assim, que a titularidade do poder decisório sobre os conflitos passou das partes para um terceiro, tendo esse último modelo como expressão a arbitragem e a jurisdição estatal<sup>9</sup> (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 116), concebidas como métodos heterônomos à luz do critério de atribuição de poder para tratar do litígio e da dicotomia autonomia-heteronomia.

A função de dizer o direito (*jurisdictio*) foi durante longo tempo detida com exclusividade pelo Estado, o qual, imbuído do poder contratual<sup>10</sup> que todos os cidadãos lhe atribuíram, regulou, graças à monopolização legítima da força, os conflitos sociais (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 74).

A hegemonia do monopólio estatal do poder decisório sobre os litígios pode ser vislumbrada a partir de sua concepção como método “tradicional” ou “clássico” de solução de litígios.

Hodiernamente, no entanto, vivencia-se uma transição de paradigmas marcada pela crise dos sistemas judiciários de regulação de conflitos, resultado da ineficiência da atividade jurisdicional estatal ante a enxurrada de demandas decorrente da “cultura litigiosa”<sup>11</sup>, ou seja, da noção geral de se resolver todo e qualquer conflito de forma

---

<sup>9</sup> Por nos filarmos ao entendimento de que a jurisdição não é atividade exclusivamente estatal, usaremos, sem caráter de redundância, a expressão “jurisdição estatal” ao nos referirmos à atividade do Estado de, por meio do Poder Judiciário, dizer o direito que se aplica ao caso concreto que lhe é submetido a julgamento.

<sup>10</sup> Segundo Bolzan de Moraes e Spengler (2008, p. 65-66), “a legitimidade estatal de decidir conflitos nasce [...] do contrato social no qual os homens outorgaram a um terceiro o direito de fazer guerra em busca da paz”. Acrescenta, ainda, que “em Hobbes, é possível discutir o contrato de sujeição firmado pelos homens entre si (fugindo do estado de natureza e da guerra de todos contra todos), criador do poder supremo de um governante. Esse contrato social consiste numa ‘transferência mútua de prerrogativas’ e vem baseado nas leis da natureza, que primeiramente determinam a busca pela paz, possibilitando que se contrate para obtê-la.”

<sup>11</sup> Nesse ponto, Bolzan de Moraes e Spengler (2008, p. 110) esclarecem que “a sociedade atual é formada por uma cultura litigiosa e isso não é pelo número de conflitos que apresenta, mas pela tendência a resolvê-los de

adversarial, e da “cultura da sentença” (AMARAL, 2012, p. 17-18), isto é, da ideia de apelo ao Poder Judiciário em desprezo à promoção de soluções alternativas, sem falar das modificações das “circunstâncias sócio-histórico-político-econômicas brasileiras” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 105).

O modelo conflitual de jurisdição, dito tradicional, como supramencionado, é posto em xeque, de maneira que sua lógica processual de ganhador/perdedor perde força perante a lógica ganhador/ganhador desenvolvida por outros meios de tratamento (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 111). Readquirem consistência, dessa forma, “propostas de se repensar o modelo de jurisdição pela apropriação de experiências diversas, tais as que repõem em pauta a ideia do consenso como instrumento para a solução das demandas [...]” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 120), de maneira que

Procuramos deixar para trás aquela visão de que um sistema só é eficiente quando para cada conflito há uma intervenção jurisdicional e passa-se a construção da ideia de que um sistema de tratamento de conflitos é eficiente quando conta com instituições e procedimentos que procuram prevenir e resolver controvérsias a partir das necessidades e dos interesses das partes (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 106).

Nessa conjuntura de crise dos mecanismos tradicionais de dizer o direito, ressurgem práticas relegadas a segundo plano diante da preponderância da forma estatal de dirimir controvérsias. Não se trata, ressalte-se, da “emergência de novas formas de convivência ordenada. Elas sempre existiram e reapareceram em um momento de crise do modelo Judiciário” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 113), sendo por isso, muitas vezes referidas como “novos-velhos métodos de tratamento de controvérsias” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 125).

Para essas “novas-antigas práticas de tratamento de controvérsias” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 128), ligadas em sua maioria à chamada justiça consensual<sup>12</sup>, na esteira de suas várias formulações (*Alternative Dispute Resolution* dos norte-

---

forma adversarial.”. Essa mesma noção é externada por Amaral (2012, p. 17) sob a rubrica de “cultura demandista”, que para ele representa “uma leitura desarrazoada da cláusula de acesso à justiça, pois dela se extrai a falsa impressão de que todo e qualquer eventual prejuízo, independentemente de sua magnitude, deve ser necessariamente recomposto. E o pior: pelo Poder Judiciário.”.

<sup>12</sup> A negociação, a mediação e a conciliação são umbilicalmente ligadas à noção de consenso, eis que fundadas nas concessões realizadas pelas partes como meio de neutralização do conflito. A interferência de terceiros (negociador, mediador, conciliador) não desnatura a essência autocompositiva desses meios, eis que esses sujeitos não se substituem às partes na atribuição de decidir o conflito, mas tão-somente auxiliam-nas na tomada dessa decisão, seja conduzindo a negociação, seja tomando posturas mais ativas, como a propositura de alternativas à resolução do litígio. Há quem aponte, não sem razão, que o consenso também está presente no

americanos e *Justice de proximité* dos franceses), em vez da delegação do poder de decisão a outrem, há uma apropriação pelos envolvidos do poder de gerir o conflito, caracterizando-se pela proximidade, rapidez e negociação (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 121).

Desta feita, observa-se, como resposta a essa “crise”, uma tendência à “desjudicialização” dos conflitos, no sentido de que, buscando superar a equivocada visão que equipara acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário, seja essa garantia constitucional reinterpretada sob uma perspectiva de efetiva pacificação social, a partir da preferência aos meios alternativos de solução de controvérsias, restando residual e subsidiária a intervenção judicial (AMARAL, 2012, p. 19).

Isso não significa, explique-se, negar o valor do Poder Judiciário, mas sim discutir uma nova racionalidade de tratamento dos conflitos (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 75), pois “os defensores destes mecanismos [...] afirmam que não objetivam a exclusão ou superação do sistema tradicional, apenas visam a sua complementação para melhor efetivação de resultados.” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 107).

É nesse contexto de “releitura contextualizada da garantia de acesso à justiça” (AMARAL, 2012, p. 18), em que o emprego de soluções extrajudiciais é fomentado, que recuperam força os meios autocompositivos bilaterais (negociação, mediação, conciliação) e a arbitragem.

Sem pretensão de esgotar o assunto referente aos mecanismos alternativos de resolução de controvérsias, tece-se o pano de fundo sobre o qual se desenvolverá o recorte temático deste trabalho, qual seja, a arbitragem, e, mais precisamente, a sua efetividade e adequação como meio de solução de conflitos oriundos de contratos administrativos.

---

momento inicial da arbitragem no tocante à opção pelo instrumento e à indicação do árbitro e das regras a serem observadas, o que não afeta, nem de longe, seu caráter heterocompositivo, pois o árbitro, terceiro a quem as partes confiam solução do litígio, efetivamente lhes substitui na decisão do conflito.

## 2 A ARBITRAGEM: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E PECULIARIDADES.

Considerando que todos os institutos jurídicos são frutos de transformações histórico-sociais, eminente se faz que a análise da arbitragem seja realizada sob a ótica historicista, possibilitando-nos identificar os fundamentos primordiais que lhe deram origem e compreender os elementos que compõem sua estrutura (RUIZ; GAZOLA, 2010, p. 175).

### 2.1 Antecedentes históricos.

Tomando por base o sentido amplo de arbitragem como “a resolução de um conflito por um terceiro a cuja decisão se submetem os contentores” (BARRIENTOS PARRA, 1990, p. 215 *apud* SILVA, 2005, p. 6), sabe-se que “o instituto jurídico da arbitragem é, por certo, um dos mais antigos de que se tem notícia na história do Direito” (FIGUEIRA JR., 1999, p. 24).

Primeira codificação de que se tem ciência, o Código de Hamurabi já trazia, em seu corpo, diversas referências à solução de litígios por intermédio de terceiros, escolhidos pelas famílias em conflito (TEIXEIRA; ANDREATTA, 1997, p. 3 *apud* SILVA, 2005, p. 7). Na própria Bíblia igualmente se encontram diversas passagens de onde se pode inferir a presença de fundamentos da arbitragem<sup>13</sup>, destacando-se a confiança das partes no árbitro, a cuja decisão submetem seus pretensos interesses e direitos (RUIZ; GAZOLA, 2010, p. 176).

Na Grécia antiga também se tem conhecimento da presença da arbitragem como forma resolução de conflitos, principalmente daqueles entre as chamadas cidades-estado, conforme demonstra o Tratado de Nícias concluído entre Esparta e Atenas, no bojo do qual consta que “se surgir um litígio [...], submeterão a solução do caso a um procedimento de direito conforme os princípios os quais deverão acordar, através dos árbitros.” (CACHAPUZ, 1998, p. 27-28 *apud* RUIZ; GAZOLA, 2010, p. 176). A mitologia grega revela, ainda, diversos conflitos entre deuses e heróis solucionados através de laudos arbitrais<sup>14</sup> (RUIZ; GAZOLA, 2010, p. 176).

---

<sup>13</sup> Dentre essas passagens, destaca-se a que se refere ao conflito entre Jacó e Labão, “em que o primeiro se coloca à disposição de terceiras pessoas para que a ‘transgressão’ seja solucionada”. (SILVA, 2005, p. 7).

<sup>14</sup> Silva (2005, p. 10) menciona, nesse sentido, a lenda da discussão entre a deusa Juno e seu marido, Júpiter, e a da disputa entre Atena, Hera e Afrodite, todas solucionadas por árbitros.



É em Roma, entretanto, que, segundo Alvim (2004, p. 2), a arbitragem se encontra em sua forma mais civilizada, repousando no Direito Romano, nos dizeres de Figueira Jr. (1999, p. 25), as raízes mais profícuas do instituto em questão.

Conforme já destacado anteriormente, a arbitragem, em Roma, desenvolveu-se em duas modalidades: a arbitragem facultativa, contratualmente estabelecida pelos litigantes, que escolhiam o árbitro de sua confiança, apenas investido pelo pretor, e aquela que ficou conhecida por obrigatória (necessária), típica do período da *ordo iudiciorum privatorum*<sup>15</sup>, em que a instância dividia-se em duas fases sucessivas – a primeira, *in iure*, perante o pretor (um magistrado), a quem incumbia determinar os termos da controvérsia, nomeando o árbitro; a segunda, *in iudicio*, perante o *iudex* ou *arbiter* (um particular), a quem cabia o poder de julgar o conflito (ALVIM, 2004, p. 3). A propósito, Guimarães (1958, p. 26-27 *apud* SILVA, 2005, p. 13) esclarece:

O pretor romano era magistrado, mas não era juiz. Os romanos distinguiam: o a magistrado dava solenidade ao julgamento. Convocava os litigantes. Fazia observar o rito. Deferia os compromissos. Pronunciava palavras sacramentais. Mas não julgava.

Com o fortalecimento do Estado romano, ele próprio passou a decidir diretamente o mérito dos conflitos, inaugurando o período conhecido como *cognitio extra ordinem* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 29), marcado, assim, por uma justiça pública, em que o processo se desenvolve, do início ao fim, perante órgão estatal, que impulsiona o feito e também é responsável pela prolação da sentença (FIGUEIRA JR., 1999, p. 27). Tal atividade ficou conhecida como jurisdição, conforme já explanado<sup>16</sup>.

Na Idade Média, em decorrência da “ausência de leis ou sua excessiva dureza ou incivilidade; falta de garantias jurisdicionais; grande variedade de ordenamentos; fraqueza dos Estados; e conflitos entre Estado e Igreja” (CARMONA, 1993, p. 42 *apud* FIGUEIRA JR., 1997, p. 30), a arbitragem teve grande desenvolvimento - há quem fale em apogeu (SILVA,

<sup>15</sup> Segundo Alvim (2004, p. 3), a *ordo iudiciorum privatorum* (ordem dos processos civis) era composta pelo sistema das *legis actiones* e pelo *per formulas*. Figueira Jr. (1999, p. 26) menciona que o *legis actiones* “apresenta ainda traços do primitivo recurso da autodefesa privada e influências arcaicas dos elementos de natureza religiosa, caracterizando-se pelo uso de um rígido formalismo, resultante de uma estilização ou esquematização ritual, em gestos e formulários fixos, de atos de defesa privada”, enquanto o *per formulas* dispõe de um formalismo mais aberto, “consistente na necessidade de articular as pretensões com base em determinadas fórmulas.” Conforme Cachapuz (1998, p. 27-28 *apud* RUIZ; GAZOLA, 2010, p. 176), nesses dois sistemas “o processo romano englobava a figura do árbitro, uma vez que o pretor, após a preparação da ação e enquadramento na lei, acrescentava a fórmula, submetendo logo em seguida ao julgamento do *iudex* ou *arbiter*.”

<sup>16</sup> O surgimento da arbitragem, portanto, antecedeu ao da jurisdição, servindo o instituto arbitral como inspiração para a justiça estatal (TEIXEIRA; ANDREATTA, 1997, p. 3 *apud* SILVA, 2005, p. 8).

2005, p.15) -, sendo o instituto bastante incrementado. Frequentes eram os casos de arbitragem entre cavaleiros, entre barões, entre senhores feudais e entre diferentes soberanos, sem contar o surgimento da arbitragem comercial em decorrência da expansão do comércio e da preferência dos comerciantes pela via arbitral, mais rápida e eficiente que os tribunais oficiais (FIGUEIRA JR., 1999, p. 30-31).

Cumprir destacar, também, a prática da arbitragem no âmbito da Igreja medieval, a qual representava “não só a força espiritual de toda uma época, como era ainda a mais coerente, mais extensa organização social e a que apresentava ordem jurídica interna mais poderosa.” (FIGUEIRA JR., 1999, p. 31) <sup>17</sup>.

Na Idade Moderna, com a Revolução Francesa, inaugurou-se período favorável à arbitragem, considerada como a maneira mais apropriada de se traduzir, no seio da jurisdição, o ideal de Fraternidade (PARRA, 1990, p. 219 *apud* RUIZ; GAZOLA, 2010, p. 177-178). A Constituição Francesa da época (1791), por sua vez, reconheceu a todos os cidadãos o direito de submeterem seus litígios ao exame do árbitro.

Entretanto, a reação à Revolução acabou por restringir os casos possíveis de serem submetidos à via arbitral. “Extinguiu-se a arbitragem obrigatória, e o laudo arbitral passou a ser suscetível de revisão pelo Poder Judiciário, perdendo a exequibilidade, caso não passasse pelo crivo estatal, fato que perdurou até os tempos atuais”, prejudicando o desenvolvimento do instituto arbitral (PARRA, 1990, p. 220 *apud* RUIZ; GAZOLA, 2010, p. 178).

Com o decorrer da história, conforme já visto, a arbitragem experimentou certo declínio, preponderando a composição dos conflitos levada a efeito pela máquina estatal (RUIZ; GAZOLA, 2010, p. 178) <sup>18</sup>. Recentemente, entretanto, diante da “crise do Judiciário”, já esboçada, o instituto arbitral retoma força.

## 2.2 Conceituação. Características.

---

<sup>17</sup> GILISSEN (1995, p. 138-142 *apud* FIGUEIRA JR., 1999, p. 31), assinala que o poder jurisdicional da Igreja durante a idade Média podia ser vislumbrado sob duas ordens, a arbitral e a disciplinar.

<sup>18</sup> Merece registrar que a evolução da arbitragem se deu de forma diversa nos países de influência de direito civil (*Civil Law*) e nos de direito comum (*Common Law*). Nos primeiros, a arbitragem sofreu restrições diante da patente codificação, enquanto nos países adotantes do sistema *Common Law*, o instituto se desenvolveu, haja vista as disposições normativas não serem muito detalhadas, prezando-se pela autonomia e liberdade das partes. (RUIZ; GAZOLA, 2010, p. 178) (BOLZAN DE MORAIS, SPENGLER, 2008, p. 171).

Poder-se-ia citar, sem jamais esgotar o tema, dezenas de definições de arbitragem; no entanto, restringir-nos-emos a articular algumas construções doutrinárias, que, ainda que somente ponham em evidência, em maior ou menor grau, uma ou algumas de suas características mais relevantes, são capazes de, em conjunto, trazer-nos uma visão ampla do instituto, apta a elucidar sua essência.

Com efeito, Amaral (2012, p. 33) aduz que

A arbitragem constitui meio alternativo e facultativo de solução de controvérsias, por meio do qual as partes – no âmbito da autonomia da vontade – investem um ou mais particulares de poderes para solucionar litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, cuja decisão se equipara à judicial e se reveste da garantia constitucional da coisa julgada material (CF/88, art. 5º, XXXVI). Além disso, caso a eficácia preponderante da decisão arbitral seja condenatória, a decisão arbitral assumirá *status* de título executivo judicial.

Fala-se que a arbitragem é meio alternativo de solução de controvérsias em se considerando o processo estatal como referência, o qual, sem dúvidas, é o meio compositivo mais largamente empregado para dirimir conflitos (CARMONA, 2009, p. 32), restando aos demais, dentre os quais se enquadra o instituto arbitral, um caráter de alternatividade, de subsidiariedade.

Entretanto, em que pese ser essa terminologia tradicional e amplamente utilizada, a doutrina moderna, em contraposição, propõe a expressão “meios adequados” em vez de “meios alternativos”. Isso porque, em raciocínio de irretocável lógica,

[...] é razoável se pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas (negociação, mediação, conciliação); em caso de fracasso deste diálogo primário (método autocompositivo), recorrerão os conflitantes às fórmulas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral). Sob este enfoque, os métodos verdadeiramente alternativos de solução de controvérsias seriam os heterocompositivos (o processo, seja estatal, seja arbitral), não os autocompositivos (negociação, mediação, conciliação). Para evitar essa contradição, soa correta a referência a métodos adequados de solução de litígios, não a métodos alternativos. (CARMONA, 2009, p. 32-33)

Destaca-se, ainda, a facultatividade da arbitragem como elemento que lhe é essencial, eis que não há falar, em nosso ordenamento, em arbitragem necessária ou obrigatória<sup>19</sup>, isto é, na imposição pela lei da via arbitral como único meio de solução de conflitos em determinada hipótese normativa.

<sup>19</sup> Registre-se que a arbitragem obrigatória existiu no ordenamento jurídico brasileiro para as causas societárias, nos moldes do Código Comercial de 1850, sendo, posteriormente, restrita às causas comerciais, segundo o Regulamento 747, de 1850. A Lei 1250, de 1866, revogou tais dispositivos e o Código Civil de 1916 reduziu a

De fato, a obrigatoriedade da arbitragem desnaturaria a essência última desse meio de resolução de controvérsias, que se funda na autonomia da vontade e na liberdade das partes.

Além disso, a opção pela arbitragem implica renúncia à jurisdição estatal no tocante à apreciação do mérito da questão litigiosa, renúncia essa que, diante da garantia constitucional de inafastabilidade, através de lei, da apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Judiciário, só poderia ter por origem a voluntariedade e o livre consentimento das partes (KLEIN, 2010, p. 68), jamais podendo resultar o afastamento da jurisdição estatal de determinação legislativa. O dispositivo constitucional se dirige terminantemente ao legislador, no sentido de impedi-lo de obrigar os cidadãos a se submeterem a jurisdição outra que não a estatal.

Em assim sendo, como o afastamento da intervenção do Poder Judiciário se dá de forma consensual e em relação tão-somente a direitos patrimoniais disponíveis, objeto diante do qual as partes poderiam transacionar direta e extrajudicialmente, é óbvio que a submissão a um julgador privado de causas em que a intervenção estatal sequer seria necessária não viola, nem de longe, a garantia constitucional da inafastabilidade do controle pelo Judiciário (AMARAL, 2012, p. 34-35).

Acrescendo ainda mais razão a esse ponto de vista, ao apontar a arbitragem como estratégia de tratamento de conflitos reconhecida e regulada pelo Estado, e, portanto, compatível e harmônica com seus princípios e estruturas, esclarece Alvim (2002, p. 24 *apud* BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 177) que o ente estatal,

em vez de interferir diretamente nos conflitos de interesses, solucionando-os com a força de sua autoridade, permite que uma terceira pessoa o faça, segundo determinado procedimento e observado um mínimo de regras legais, mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial.

Destaca-se, ainda, que essa solução proferida por terceiro designado pelas partes não significa menosprezo à atividade exercida pelo juiz, expressão da soberania do Estado, mas, ao contrário, implica seu enaltecimento e privilégio, pois exatamente em consideração à posição estatal é que se estaria, ao utilizar o juízo arbitral, reservando ao Estado estritamente os casos em que sua intervenção fosse imprescindível, diante de situações em que o

---

arbitragem a mero compromisso (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 169). Segundo Carmona (2009, p. 36), a arbitragem obrigatória é instituto em franco desuso, “que tende a ser abolido nos sistemas mais evoluídos”.

tratamento não se revelasse amistoso a ponto de poder ser resolvido pelas próprias partes diretamente, ou indiretamente através de árbitros (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 177).

Salta aos olhos, nesse ponto, a extrajudicialidade da arbitragem, “de tal sorte que a intervenção do Judiciário ou não existirá, ou será invocada quando houver necessidade de utilizar a força diante da resistência de uma das partes ou de terceiros [...]” (CARMONA, 2006, p. 52-53 *apud* BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 178).

Cabe ressaltar, nesse contexto, que, ainda que a sentença arbitral se equipare à judicial (Lei nº 9.307/96, art. 18), prescindindo de homologação judicial e podendo revestir-se de coisa julgada material, isso não significa que não possa haver controle judicial algum no âmbito da arbitragem. Esse controle, que constitui garantia da observância do princípio constitucional do devido processo legal no seio arbitral (AMARAL, 2012, p. 52), se faz preciso, pois, nos dizeres de Bonicio (2006, p. 175-176 *apud* AMARAL, 2012, p. 34),

Não é necessário dizer que a total falta de controle jurisdicional, por si só, tornaria temerário o isso da arbitragem e contribuiria para a falência deste sistema. Por outro lado, na mesma medida, eventual excesso no controle judicial das decisões do árbitro também teria este efeito. Trata-se, mais uma vez, da necessidade de observância de um certo equilíbrio na análise deste tema.

Estabelecidas essas linhas conceituais, consentâneas com a atual disciplina do instituto em nosso ordenamento, convém prosseguirmos no seu estudo, tratando da autonomia da vontade, elemento que lhe é característico e indissociável.

### ***2.2.1 Autonomia da vontade.***

A autonomia da vontade das partes, o principal pilar de sustentação do sistema arbitral (AMARAL, 2012, p. 52), manifesta-se das mais diversas formas e, assim, contribui para tornar a via arbitral eminentemente dispositiva, vez que moldada, em grande parte, conforme resolução das partes.

#### ***2.2.1.1 Convenção de arbitragem. Compromisso arbitral. Cláusula compromissória.***

Para se utilizar da arbitragem é necessário aos conflitantes firmar uma convenção de arbitragem, ou seja, um negócio jurídico, o qual compreende tanto a chamada cláusula

compromissória como o designado compromisso arbitral. Elucidando a diferença entre essas espécies do gênero “convenção de arbitragem”, Didier Jr (2012, p. 110) aduz:

Cláusula compromissória é a convenção em que as partes resolvem que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem, prévia e abstratamente; as partes, antes do litígio ocorrer, determinam que, ocorrendo, a sua solução, qualquer que seja ele, desde que decorra de certo negócio jurídico, dar-se-á pela arbitragem. Compromisso arbitral é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário. Trata-se, pois de um contrato, por meio do qual se renuncia à atividade jurisdicional estatal, relativamente a uma controvérsia específica e não simplesmente especificável. Para efetivar a cláusula compromissória, costuma ser necessário que se faça um compromisso arbitral, que regulará o processo arbitral para a solução do conflito que surgiu. No entanto, se a cláusula compromissória for completa (contiver todos os elementos para instauração da arbitragem), não haverá necessidade de futuro compromisso arbitral.

Dessa forma, tendo em vista que o ato de estipulação da arbitragem se dá por meio de acordo de vontades e nos contornos do direito obrigacional no que tange aos contratos (FIGUEIRA JR., 1999, P. 173), a capacidade de contratar surge como condição *sine qua non* para que os indivíduos possam se valer dessa estratégia de solução de conflitos.

Nesse ponto, surge a noção de arbitrabilidade.

### **2.2.1.2 Arbitrabilidade.**

Arbitrabilidade é um neologismo (FERNANDES, p. 50) que passou a ser utilizado para se referir ao preenchimento de requisitos para a válida instauração do processo arbitral.

Assim, segundo Skitnevsky (2008, p. 21), pode-se dizer que “a arbitrabilidade determina se a questão pode ou não ser solucionada por meio da arbitragem, devendo também ser considerada como condição de validade <sup>20</sup>, a possibilidade ou não, de se arbitrar determinado tema, assim como de quem pode ser parte na arbitragem”.

---

<sup>20</sup> Vislumbra-se, aqui, “aplicação do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, segundo o qual o próprio árbitro ou tribunal arbitral tem o poder de decidir, num primeiro momento, acerca de sua própria competência” (KLEIN, 2010, p. 78), pois, caso contrário, “bastaria alegar a invalidade da cláusula ou do compromisso para bloquear a atividade do árbitro” (CARMONA, 2009. P. 18).

No que tange aos sujeitos, tem-se a arbitrabilidade subjetiva, que se refere à capacidade de contratar que lhes deve ser inerente para que possam se utilizar do procedimento arbitral.<sup>21</sup>

A capacidade genérica para contratar, dita capacidade negocial, entretanto, não é, por si só, condição suficiente para que um sujeito possa recorrer à via arbitral; é necessário, ainda, que o sujeito, no que respeita ao objeto, possa transigir, ou seja, é imprescindível que a desavença trate de direito patrimonial acerca do qual as partes gozem de capacidade específica para dispor.

A chamada arbitrabilidade objetiva, assim chamada por ter ligação com o objeto do dissídio, relaciona-se com os caracteres que este deve ostentar, os quais, segundo dispõe o art. 1º da Lei nº 9.307/96, dizem com a patrimonialidade e disponibilidade do direito.

Com efeito, é pertinente salientar que, conforme Carmona (2009, p. 38), “diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência”<sup>22</sup>. Mais a frente, conclui que

São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem que controvertem. [...] são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes possam transigir (CARMONA, 2009, p. 39).

Cientes de quem pode se utilizar da arbitragem (arbitrabilidade subjetiva) e sobre o que ela pode recair – direitos patrimoniais e disponíveis – (arbitrabilidade objetiva) (Lei 9.307/96, art. 1º), cumpre avançarmos na análise da autonomia da vontade no âmbito arbitral, suas manifestações e implicações.

### **2.2.1.3 Escolha dos árbitros.**

Dentro do procedimento arbitral, cabe às partes escolher quem será responsável por decidir o conflito, podendo essa escolha incidir sobre uma única pessoa, sobre um grupo

---

<sup>21</sup> Convém aqui lembrar que a natureza jurídica dos sujeitos participantes de um processo arbitral influencia na classificação na arbitragem em de direito público, caso se dê entre entes públicos; de direito privado, caso se os envolvidos sejam particulares; e mista, caso envolva um ente público e um particular (BOLZAN DE MORAIS, SPENGLER, 2008, p. 180).

<sup>22</sup> A discussão sobre o tema “disponibilidade” será aprofundada no tópico 3.2.1.1.

de árbitros (sempre em número ímpar)<sup>23</sup> ou sobre um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

Tomando como critério a opção das partes em contratar ou não os serviços prestados por um órgão arbitral, tem-se a classificação em arbitragem institucional, quando há a preferência por uma instituição especializada e regularmente constituída, com regulamento próprio e listagem de árbitros, e em arbitragem *ad hoc*, quando essa se desenvolve de forma avulsa, por árbitro(s) nomeado(s) singularmente, sendo a administração do litígio de sua responsabilidade exclusiva (AMARAL, 2012, p. 35)<sup>24</sup>.

A Lei 9.307/96, em seu art. 13, *caput*, impõe que o sujeito sobre o qual recairá a indicação e que exercerá as funções de árbitro preencha dois requisitos: (a) que seja pessoa física<sup>25</sup> capaz, em alusão à capacidade civil disciplinada pelo Código Civil; e (b) que tenha a confiança das partes, o que não se trata, a bem da verdade, de um requisito, já que a confiança está logicamente implícita no ato de escolha (FIGUEIRA JR., 1999, p. 197).

Barbosa Moreira (1997, p. 279 *apud* AMARAL, 2012, p. 37) lembra que o legislador não exigiu que o árbitro tivesse formação jurídica, de modo a indicação recair geralmente em “pessoa ou pessoas detentoras de conhecimento técnico e científico determinado e necessário à solução dos conflitos” (FIGUEIRA JR., 1999, p. 197), eis que a arbitragem é conhecida como uma “justiça de técnicos” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 178), sendo a *expertise* dos julgadores e sua intimidade com a matéria objeto do litígio um diferencial e uma grande vantagem da opção pela via arbitral.

A instituição do juízo arbitral dá-se tão logo seja aceita pelo árbitro (ou pelos árbitros) a função para a qual foi (foram) escolhido(s). Carmona (2009, p. 24) destaca que a aceitação independe de ato formal do árbitro, entendendo-se que aceitou o encargo se desde logo tomou providências para o andamento do procedimento (expedição de notificações, convocação das partes para audiência etc.).

<sup>23</sup> Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei. (Lei 9.307/96, art. 13, §2º).

<sup>24</sup> Paulo, p. 35. Destaque-se, aqui, que a adoção ou não de regras procedimentais de determinada câmara arbitral não interfere na classificação. O critério sob análise é se o julgamento se dá por instituição especializada ou não. Se determinado árbitro nomeado avulsamente se utilizar de regramento de determinado órgão arbitral, a arbitragem continuará a ser classificada como *ad hoc*. Em sentido contrário, Bolzan de Moraes (p. 180), o qual entende que, para essa classificação, a distinção se dá não só pela maneira de estipular o procedimento, mas também pela forma como são estabelecidas suas regras.

<sup>25</sup> Seguindo a lição de Amaral (2012, p. 37), não nos parece razoável que a escolha recaia sobre pessoa jurídica. Na mesma linha, Didier Jr. (2012, p. 111).



A tecnicidade dos julgamentos propicia “uma decisão tecnicamente mais adequada, mais precisa do que a que seria prolatada no Judiciário”<sup>26</sup>, enquanto a possibilidade de escolha conduz à segurança em relação ao veredicto, pois “é até intuitivo que os litigantes sintam-se mais seguros quanto à imparcialidade e à independência do julgador na arbitragem” (AMARAL, 2012, p. 38).

Os árbitros, que “têm o *status* de juiz de fato e de direito, sendo equiparados aos servidores públicos para efeitos penais” (DIDIER JR, 2012, p. 111)<sup>27</sup>, não possuem, por serem particulares, o *imperium* para exigir o cumprimento de sua decisão, de maneira a deter “o poder de conhecer da demanda (*cognitio*) e de dizer o direito (*iurisdictio*) mas, como não têm o poder de impor o cumprimento de suas decisões coercitivamente (*executio e coertio*), dependem da colaboração dos órgãos do Poder Judiciário”. (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 180)

#### ***2.2.1.4 Possibilidade de escolha da norma aplicável. Flexibilidade do procedimento arbitral.***

A autonomia da vontade das partes também se materializa no que atine à possibilidade de escolha da norma material e processual a ser aplicada.

De fato, as partes possuem uma ampla liberdade de contratação no âmbito arbitral, podendo, além de delimitar o objeto do litígio<sup>28</sup>, decidir “o conjunto de regras que deve regular não só o processo e o procedimento arbitral, mas também o direito de fundo que embasará a decisão de mérito” (SANTOS, 2006, p. 257), o que indubitavelmente, lhes permite construir uma estrutura mais adequada à resolução do conflito posto.

---

<sup>26</sup> “A busca da tutela adequada, ou seja, substancialmente justa, é favorecida por vários modos no processo arbitral, inclusive mediante a eleição de árbitros profissionalmente preparados para melhor entender questões e apreciar fatos inerentes ao seu conhecimento específico – o que não sucede no processo judicial, em que a presença de questões técnicas leva os juízes a louvar-se em peritos, deixando de ter contato direto com a realidade do litígio e sem ter, ele próprio, familiaridade com a matéria. (DINAMARCO, 2001, p. 7 *apud* AMARAL, 2012, p. 39).

<sup>27</sup> Lei nº 9.307/96, art. 17

<sup>28</sup> A delimitação dos limites do pedido é algo inerente à própria noção de devido processo legal, devendo tais contornos estar definidos para que o órgão julgador possa se movimentar dentro dessa zona, sob pena de proferir uma decisão *extra, ultra* ou *infra petita*, frustrando, assim, a confiança nele depositada pelas partes.

É óbvio que tal escolha<sup>29 30</sup> deve obedecer a limitações, devendo coadunar-se “com os bons costumes, com a ordem pública e com os princípios informadores do processo arbitral” (AMARAL, 2012, p. 41), pois, inobstante estar-se diante de jurisdição privada,

o seu funcionamento e a tramitação processual deverá obedecer (*sic*) a certas regras e princípios, inclusive de natureza constitucional, que são indeclináveis, tais como o contraditório, igualdade das partes, imparcialidade dos árbitros, fundamentação da decisão, livre convencimento etc., enfim, a estrita observância ao *due process of law* (FIGUEIRA JR, 1999, p. 198).

É desse aspecto do instituto arbitral, ressalte-se, que surge a célebre diferença entre arbitragem equitativa e arbitragem de direito, classificação que toma por critério o direito material aplicável, conforme escolhido pelas partes.

Tal divisão se baseia, portanto, na possibilidade das partes de optar pela prolação de uma sentença arbitral fundamentada em regras de direito ou de equidade, sendo-lhes lícito, ainda, escolher livremente as normas de direito que serão aplicadas na resolução do conflito (princípios gerais de direito, usos e costumes, *lex mercatoria* etc.) (FIGUEIRA JR, 1999, p. 237).

Na chamada arbitragem equitativa, os árbitros ficam livres para decidir o litígio a eles submetido conforme os ditames de suas próprias consciências, “podendo eles aplicar subjetivamente os princípios imutáveis de justiça calcados em critérios de igualdade, moderação e bem comum, ainda que em detrimento ou oposição ao direito objetivo vigente”<sup>31</sup>. (FIGUEIRA JR, 1999, p. 239)

No seio da dita arbitragem de direito, por sua vez, os árbitros decidirão conforme o direito positivo, devendo analisar os fatos a partir das normas jurídicas aplicáveis.

### **2.2.1.5 Celeridade.**

<sup>29</sup> “No que tange ao processo arbitral, as partes detêm a faculdade de indicar as regras processuais e procedimentais mais adequadas aos seus objetivos e, se assim desejarem, de criar regras procedimentais que entendam justas, desde que essas regras não contrariem os princípios de justiça processual que se configuram como sendo de ordem pública (interna e internacional).” (SANTOS, 2006, p. 257.)

<sup>30</sup> Tratando da flexibilidade que as partes e o árbitro possuem em relação à definição do procedimento arbitral, Amaral (2012, pág. 43) pontua que existem “três hipóteses de escolha para as partes acerca do procedimento arbitral: (i) criar um procedimento especialmente para determinado caso concreto, (ii) reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional, entidade especializada ou até mesmo ao Código de Processo Civil, ou (iii) delegar ao próprio árbitro, ou tribunal arbitral, a definição do procedimento que será seguido na arbitragem.”

<sup>31</sup> É importante destacar a lição de Bolzan de Moraes e Spengler (2008, p. 182), segundo a qual a autorização ao árbitro para que julgue por equidade não significa que “deva ele necessariamente julgar afastando o direito positivo. Assim, se a aplicação da norma levar a uma solução justa do conflito, o árbitro a aplicará, sem que isso possa ensejar qualquer vício no julgamento.”

Outra forma de materialização do princípio da autonomia das partes no âmbito arbitral se faz presente na possibilidade conferida aos litigantes de estipularem prazo para que a sentença arbitral seja proferida<sup>32</sup>, o que confere indiscutível celeridade ao instituto.

Esse regramento, que se coaduna com a garantia constitucional que assegura a todos uma razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF/88, art. 5º, LXXXVIII), ao dissipar a incerteza das partes - tão comum quando se pensa na burocracia judicial - em relação ao momento em que sua demanda será definitivamente decidida, constitui inegável vantagem da via arbitral. Bolzan de Moraes e Spengler (2008, p. 179), nesse aspecto, enunciam que

os participantes que buscam o tratamento dos seus conflitos por meio da arbitragem têm como interesse uma maior celeridade e uma melhor qualidade no tratamento do conflito. É inegável que no tocante à celeridade, por melhor que seja o órgão estatal competente para conhecer do conflito de interesses, o mesmo, salvo em raríssimas exceções, nunca será resolvido em seis meses.<sup>33</sup>

A celeridade é ainda privilegiada se considerarmos, segundo lição de Lemes (2007, p. 175-176 *apud* AMARAL, 2012, p. 46), que “o árbitro tem mais tempo para se dedicar ao caso do que o juiz togado, as regras processuais são mais maleáveis no processo arbitral e os árbitros detêm conhecimentos técnicos que facilitam a compreensão da controvérsia”.

A autonomia da vontade característica do procedimento arbitral autoriza, também, a restrição consensual da publicidade pelas partes, as quais possuem à sua disposição a faculdade de conferir um caráter confidencial à arbitragem, de maneira que “todos os aspectos do litígio, tais como o valor econômico do conflito, as razões e fatos relativos à disputa, as provas produzidas, vão ser de conhecimento exclusivo das partes e do árbitro, inexistindo publicidade dos atos processuais” (SANTOS, 2006, p. 259). Tal caráter sigiloso, entretanto, não pode implicar a insindicabilidade do procedimento, vez que se assegura “às partes, seus procuradores, órgãos de controle etc. o direito de consultar os autos (ou ao menos obter dados

---

<sup>32</sup> Segundo Bolzan de Moraes e Spengler (2008, p. 178), é possível a responsabilização civil do árbitro caso haja descumprimento do prazo estipulado pelas partes. Amaral (2012, p. 46 e 47), por sua vez, destaca que não há empecilho algum para que as partes e os árbitros, em consenso, prorroguem o prazo originalmente estipulado para prolação da sentença e que, diante dos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, sentença arbitral prolatada após o transcurso do prazo estipulado é inválida.

<sup>33</sup> O autor faz menção ao prazo de 6 (seis) meses porque, caso não haja estipulação das partes, este será o prazo para apresentação da sentença, conforme o art. 23 da Lei de Arbitragem.

do processo), sempre com a advertência de que se zele pela manutenção da restrição da publicidade, sob as penas da lei.” (AMARAL, 2012, p. 49).

Cabe, por fim, dentro do propósito de estabelecer os alicerces da arbitragem, pontuar acerca dos custos envolvidos no emprego do respectivo procedimento, os quais, por bastante consideráveis, constituem fator relevante no processo de escolha da via arbitral, revelando que “somente uma pequena parcela de litígios são vocacionados para serem submetidos à arbitragem” (AMARAL, 2012, p. 51). No entanto, consoante assevera Muniz (1999, p. 101-103 *apud* BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 179), “a relação custo da arbitragem e o benefício da resposta rápida e bem fundamentada de um conflito é sensivelmente um fator favorável à disseminação do instituto.”.

Destarte, percebe-se que não são todos os conflitos que se adequam à escolha da via arbitral, a qual é especialmente inclinada à “solução de questões que envolvam elevada complexidade técnica, na medida em que permite um exame mais detido e especializado para cada caso.” (AMARAL, 2012, p. 39)

Convém, assim, examinar as características e conveniências do emprego do procedimento arbitral caso a caso, alertando-se que para o êxito da arbitragem “é fundamental que ainda exista um mínimo de princípio autocompositivo, ou seja, que elas [as partes] consentam não só em submeter-se a árbitros como em acatar sua decisão, muito embora este instituto perfaça, na sua essência, um método heterocompositivo” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 177).

### **2.3 Natureza jurídica.**

A natureza jurídica, “que deve refletir a verdadeira expressão ontológica da matéria em estudo, levando-se em consideração os seus elementos constitutivos” (FIGUEIRA JR, 1999, p. 152), tem em sua investigação tarefa primordial para o real compreensão do instituto que reveste, vez que permite situá-lo no vasto campo do direito.

No tocante à natureza jurídica da arbitragem, a doutrina não é uníssona, dividindo-se entre duas teses principais: a tese contratualista (também dita privatista) e a tese jurisdicional (também conhecida como publicista)<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Como adeptos da corrente contratualista, podemos citar Chiovenda (1935, p. 70 *apud* ALVIM, 2004, p. 38) e Marinoni (2007, p. 152). Já como defensores da tese jurisdicional, que é majoritária, figuram Figueira Jr. (1999,

Outrora, figurava justificável o embate entre os estudiosos; atualmente, entretanto, com o regime estatuído pela Lei nº 9.307/96, a discussão em torno da natureza jurídica da arbitragem perdeu, para muitos<sup>35</sup>, o sentido, haja vista a clareza e nitidez com que o legislador transpareceu sua real intenção.

No entanto, em se considerando a importância de tal debate para a elucidação e entendimento dos elementos compositores do referido instituto, sobre ele se debruçará.

Os posicionamentos assumidos dependem, evidentemente, das premissas em que se fundam, as quais, no assunto em questão, orbitam em torno do conceito de jurisdição.

### **2.3.1 Tese contratualista (privatista).**

Os defensores da corrente privatista partem da noção de que a jurisdição abrange a dupla função de julgar e impor condutas (cognição e execução) (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 184), de maneira tal que, como o árbitro não tem o poderio de executar suas próprias decisões, faltar-lhe-ia um dos elementos constitutivos da função jurisdicional.

Nessa toada, em que pese estar implícita na atividade arbitral a possibilidade de apelo à autoridade coercitiva do poder do Estado, a falta de *imperium* do árbitro, ou seja, sua inaptidão para obter o exercício forçado de determinada conduta, reforçaria a concepção de que esse não exerce verdadeira jurisdição (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 184).

A arbitragem possuiria, assim, um caráter privatista no tocante à sua origem e à qualidade dos árbitros (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 183), caráter esse que se projetaria sobre todo o instituto.

---

p. 157), Didier Jr. (2012, p. 112), Alvim (2004, p. 46), Ludovico Mortara (1923, p. 34 *apud* ALVIM, 2004, p. 38), Theodoro Júnior (1998, p. 373 *apud* ALVIM, 2004, p. 45) e Carmona (2009, p. 338). Vale destacar, ainda, a doutrina mais moderna, que, conforme aponta Figueira Jr. (1999, p. 152) busca conciliar as suas tendências, considerando o instituto da arbitragem como de natureza *sui generis* “porquanto nasce da vontade da partes (caráter obrigacional = privado) e concomitantemente regula determinada relação de direito processual (caráter público)”. Com base no mesmo raciocínio, mas adotando nomenclatura diversa, há quem fale em natureza jurisdicional híbrida, sendo a arbitragem na primeira fase contratual e, na segunda, jurisdicional (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 186). Pode-se mencionar, ainda, os partidários de outras noções, tal qual Justen Filho (2009, p. 539 *apud* AMARAL, 2012, p. 34) e Talamini (2005, p. 356 *apud* AMARAL, 2012, p. 34), que propugnam uma natureza de “equivalente jurisdicional” para a arbitragem; Dinamarco (2001, p. 5 *apud* AMARAL, 2012, p. 34), que fala em natureza “parajurisdicional”; e Grau (2000, p. 14), que afirma categoricamente que “arbitragem não encerra jurisdição.”

<sup>35</sup> Nesse sentido, Figueira Jr. (1999, p. 152-153). Para Carmona (2009, p. 27), “o debate adquiriu um colorido excessivamente acadêmico e, pior, pouco prático, de sorte que não parece útil continuar a alimentar a celeuma.”

Os árbitros, figuras que não administram a justiça em nome do Estado, mas sim em decorrência da vontade das partes, teriam suas faculdades advindas da autonomia da vontade dos litigantes, e não da lei (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 184). Nesse ponto, Marinoni (2007, p. 153), acreditando ser a jurisdição monopólio do Estado, aponta a arbitragem como manifestação da autonomia da vontade, de maneira tal que a opção por árbitro implicaria renúncia à via jurisdicional.

Observa-se, desta forma, que a função jurisdicional é vista pelos contratualistas como exteriorização da soberania do Estado, sendo, por isso, atributo indelegável, não podendo ser concedida a um particular, que não possui as características próprias de um funcionário público (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 184).

Nesse viés, Marinoni (2007, p. 154) acrescenta que a jurisdição só pode ser exercida por indivíduo devidamente investido na autoridade de juiz, figurando imprescindível, para tanto, aprovação em concurso público. Aduz, também, que a função jurisdicional é indelegável, não sendo possível delegar para um árbitro privado poderes atribuídos pela própria Carta Magna.

### ***2.3.2 Tese jurisdicionalista (publicista).***

Os adeptos da corrente publicista, por sua vez, fogem da clássica concepção de jurisdição como forma estatal de dizer o direito, apegando-se, assim, a ideias mais modernas, de modo a defender a ampliação do conceito de jurisdição e a perfilhar-se à noção de “função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protetendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)” (DIDIER JR. 2012, p. 95).

A arbitragem, assim, seria propriamente jurisdição, só que exercida por particulares, a partir de autorização do Estado, sendo consequência do exercício do direito constitucional de auto-regramento (autonomia privada) (DIDIER JR. 2012, p. 112), direito potestativo fundamental corolário do direito à liberdade (DIDIER JR. 2012, p. 115).

Isso porque, se foi o próprio Estado que reconheceu a possibilidade de os particulares exercerem a função de composição de litígios por meio da arbitragem, a natureza

da função arbitral não pode ser outra senão aquela que foram chamados a efetuar (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 185), pois

[...] não há razão lógica em se considerar que uma mesma função possa variar sua natureza só porque variou a qualidade da pessoa que a desempenha. Os árbitros se revestem da qualidade de verdadeiros juízes, sua missão é essencialmente igual, seu laudo não possui substanciais diferenças da sentença magistral, tendo inclusive a mesma força executiva. Possuem o mesmo status jurídico, não havendo motivos inarredáveis para que se designe aos mesmos natureza jurídica diversa (CAIVANO, 1992 *apud* BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 186).

Desta feita, inexistindo qualquer empecilho para que o Estado “delegue aos juízes privados parcela do poder que detém para dirimir conflitos, ressalvadas as hipóteses vedadas por lei, seja de ordem pública, tendo em consideração a natureza da lide ou a qualidade das pessoas (art. 1º) [da Lei nº 9.307/96], seja por ausência de vontade e convenção das partes litigantes (art. 4º) [da Lei nº 9.307/96]” (FIGUEIRA JR., 1999, p. 157), configura-se legítima a manifestação contratual prévia e voluntária dos litigantes de renúncia à jurisdição estatal, manifestação essa expressamente reconhecida pela ordem jurídica vigente.

Acerca desse aspecto, Didier Jr. (2012, p. 112) explana que “é possível afirmar que a jurisdição é monopólio do Estado, mas não é correto dizer que há monopólio no seu exercício”<sup>36</sup>, em referência à legitimidade da autorização<sup>37</sup>, feita aos árbitros, pelo Estado, do exercício do poder de julgar, pois, “ao escolher a arbitragem, o jurisdicionado não renuncia à jurisdição; renuncia, isso sim, à jurisdição exercida pelo Estado”.

Em assim sendo, é de se notar que

[...] a obrigação do Estado de zelar pela melhor forma de administrar a justiça não implica necessariamente exercê-la por si, com caráter monopolista. Há inclusive certos casos em que tal obrigação se cumprirá de maneira mais efetiva, permitindo-se que os particulares, em sua esfera de liberdade quanto a direitos disponíveis, escolham o método que melhor atenda às suas necessidades (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 186).

<sup>36</sup> Moreira Neto (1997, p. 81), ao tratar da juridicidade da submissão de conflitos de interesses a uma composição extrajudicial pelo juízo arbitral, aduz que “essa dúvida tem, todavia, uma raiz cultural, pois o *positivismo jurídico*, enfatizando a sobrevalorização das fórmulas escritas, aliado ao *estatismo*, que magnifica o papel do Estado, e ainda a uma kafkiana *processualística*, entre outros equívocos, têm sido responsáveis pelo elementar confusão reinante entre *monopólio da jurisdição* e *monopólio da justiça*” (grifo do autor).

<sup>37</sup> Didier Jr. (2012, p. 112) critica o uso do termo “delegação”. Para ele, não poderia haver “delegação de poderes atribuídos pela própria Constituição para um árbitro privado., não havendo, a seu ver, “que se falar em delegação de poderes, pois os árbitros não tomam do Estado o exercício da jurisdição pública, mas, sim, exercem um tipo especial de jurisdição privada, autorizada pelo Estado.”

Os publicistas não negam a evidente origem contratual da arbitragem, a qual nasce, conforme consabido, a partir do consenso dos litigantes em submeter seu conflito ao crivo de terceiro particular por eles designado; afirmam, entretanto, que após emergir, a arbitragem desprende-se de seu nascedouro. Destacam, ainda, que o poder de julgamento dos árbitros decorre não somente da vontade das partes, mas, fundamentalmente, da autorização do Estado que, como titular da jurisdição, possibilita seu exercício através do ordenamento jurídico, ante a observância de certas exigências (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 184-185).

Assim, sem olvidar que a origem das faculdades concedidas aos árbitros é o consentimento das partes baseado no princípio da autonomia da vontade, os publicistas entendem que os árbitros possuem verdadeiros poderes jurisdicionais, similares aos de um juiz estatal, já que “seus laudos estão revestidos da mesma e autêntica força que as sentenças dos magistrados do Poder Judicial”, fazendo “coisa julgada a respeito das questões resolvidas pelos árbitros”, além de ostentarem caráter de título executivo (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 185).

Isso posto, em se considerando a natureza jurisdicional da arbitragem, é natural presumir que o processo arbitral seja regido “pelos mesmos princípios e corolários básicos informadores do processo judicial” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 187), de maneira que a simplificação do procedimento, característica da arbitragem e uma de duas marcantes vantagens, não deve servir de pretexto para a inobservância de princípios como o devido processo legal e o contraditório.

Faz-se premente, assim, efetivar, no âmbito arbitral, “o sistema de garantias processuais estabelecidas na Constituição Federal, a fim de consagrar-se a tutela efetiva dos direitos, escopo estatal” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 187), pois, conforme enuncia Alvim (2000, p. 308 *apud* BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 185), “[...] ao lado de um devido processo legal judicial, viceja um devido processo legal arbitral, apto a proporcionar, jurisdicionalmente, a realização do direito, com a garantia da ampla defesa e observância do contraditório”.

A propósito, anota Didier Jr. (2012, p. 112) que “ao escolher a arbitragem, os indivíduos não estão abrindo mão das suas garantias processuais básicas e indispensáveis (os corolários do devido processo legal), porquanto deva o árbitro respeitar todas elas, sob pena de invalidade de sua decisão”.



Há quem aponte (MARINONI, 2007, p. 154) visando desconstituir a natureza jurídica jurisdicional da arbitragem, que o referido instituto, por se basear na designação pelas partes do órgão julgador, violaria o princípio do juiz natural, o qual assegura a independência e imparcialidade dos juízes a partir da pré-definição em lei de suas respectivas competências.

Didier Jr. (2012, p. 113) afasta tal argumento apontando que, como o árbitro é indicado pelas partes por ato de natureza normativa e negocial (convenção arbitral), em clara demonstração de confiança, pressupõe-se que ele será sujeito independente e imparcial. A competência arbitral é, assim, delimitada pela convenção de arbitragem, que, como norma jurídica é, constitui a “lei prévia” exigida para garantir a efetividade do princípio do juiz natural.

O fato de o árbitro não poder executar suas decisões argumento contrário a natureza jurisdicional da arbitragem levantado, contra o qual Didier Jr. (2012, p. 113) se insurge, esclarecendo que

A questão, aqui, é de incompetência e não de falta de jurisdição; a lei, ao permitir a arbitragem, investe-lhe em competência apenas para certificar direitos, não para efetivá-los. Basta lembrar, por exemplo, da execução penal: normalmente, o juiz da execução não é o mesmo juiz que proferiu a sentença penal condenatória (art. 65 da Lei Federal n. 7.210/1984). A circunstância de o juiz não ter, neste caso, poder executivo não significa que não esteja investido na função jurisdicional. Falta-lhe, apenas competência funcional.

Conforme sobredito, sob a égide do regime anterior, que se processava nos moldes do Código de Processo Civil, a controvérsia acerca da natureza jurídica da arbitragem merecia maior atenção; no entanto, atualmente, na vigência do novo regime arbitral instituído pela Lei nº 9.307/96, diz-se que houve, a partir do reconhecimento feito pelo legislador da possibilidade de o árbitro exercer funções jurisdicionais, uma verdadeira “jurisdicionalização” da arbitragem (FIGUEIRA JR., 1999, p. 154).

Os termos claros e precisos empregados pelo legislador no sistema da Lei 9.307/96 colocaram, para Figueira Jr. (1999, p. 154), “pá de cal sobre a questão”, pois, “a começar pela terminologia e técnica legislativa empregadas, infere-se da própria denominação dos Capítulos V e VI que o ato decisório final de composição da lide e proferido pelo árbitro ou colégio arbitral é uma *sentença* e não apenas um *laudo*.” (grifo do autor)

Acrescente-se, por oportuno, que se trata ontologicamente de uma sentença, e não de um simples laudo arbitral a que o legislador resolver conferir tal nomenclatura, já que a decisão proferida pelo árbitro tem “a autoridade de *solucionar definitivamente a lide* que lhe

foi submetida a exame, com eficácia vinculante *prescindível da homologação judicial*” (FIGUEIRA JR., 1999, p. 154-155) (grifo do autor).

Destarte, observa-se, com clareza, que

[...] o legislador aproximou, ou melhor, equiparou a sentença arbitral à sentença proferida pelo Estado-juiz, como ato de autoridade que decide o conflito e vincula as partes litigantes ao cumprimento da declaração, constituição, condenação mandamento ou execução exarada pelo juiz ou tribunal privado, gerando todos os efeitos decorrentes da coisa julgada.

O que o árbitro ou tribunal arbitral não detém é o poder de *imperium* ou a força para ordenar esta ou aquela medida, seja provisória, seja definitiva (FIGUEIRA JR., 1999, p. 156).

Nessa linha, Alvim (2004, p. 46) conclui que “sem dúvida, a arbitragem brasileira, por natureza e por definição, tem indiscutível caráter jurisdicional, não cabendo mais, depois da Lei nº 9.307/96, falar-se em contratualidade, salvo no que concerne à sua origem, por resultar da vontade das partes”

É de se anotar, ainda, que se lei não tivesse conferido atributos jurisdicionais aos árbitros, não seria possível recorrer à justiça estatal para executar uma decisão arbitral coercitivamente, caso fosse necessário, o que, por ser plenamente cabível e admitido, espanca qualquer dúvida que ainda remanesça acerca da natureza jurídica do instituto sob análise (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 186).

Não restam dúvidas, portanto, de que a arbitragem se trata, em suma, de uma jurisdição privada, instituída por meio de um negócio particular (CAIVANO, 1992 *apud* BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 185), a chamada convenção de arbitragem.

## **2.4 O instituto após a Lei nº 9.307/96.**

A princípio, convém destacar que o presente tópico não tem a pretensão de esmiuçar toda a disciplina realizada pela Lei nº 9.307/96 acerca da arbitragem<sup>38</sup>; ele se volta, sobretudo, ao exame das principais modificações introduzidas por esse diploma, as quais contribuíram para o revigoreamento do instituto e estimularam uma mudança de percepção da comunidade jurídica em relação a ele.

---

<sup>38</sup> A análise das disposições desse diploma foi indiretamente realizada quando do estudo, feito no tópico supra, da arbitragem em nosso ordenamento.

Pode-se dizer, assim, sobretudo em cotejo com o regime retrógrado e ultrapassado até então agasalhado pelo Código de Processo Civil (FIGUEIRA JR., 1999, p. 102), que o referido diploma teve o condão de promover um avanço no microsistema arbitral.

A Lei nº 9.307/96, ao trazer à tona mudanças substanciais, deu nova roupagem à arbitragem, conferindo-lhe maior celeridade e eficácia (RUIZ; GAZOLA, 2010, p. 169). O novo regime arbitral, sistematizado em 44 (quarenta e quatro) artigos subdivididos em 7 (sete) capítulos, pôs o Brasil em posição semelhante à dos países detentores da mais moderna e atualizada legislação acerca da matéria, o que, no entanto, não implica a solução dos complexos e variados problemas que orbitam em torno do tema (FIGUEIRA JR., 1999, p. 102).

A razão histórica para o fenômeno da ausência de efetivo uso e consequente a falta de tradição do instituto no Brasil consubstancia-se nos obstáculos erigidos pelas consecutivas legislações, sempre hábeis a desencorajar eventual interessado em utilizar-se da arbitragem como meio de solução de conflitos, a ponto de fazê-lo optar “pela burocrática, dispendiosa e lenta justiça estatizante” (FIGUEIRA JR., 1999, p. 102).

A arbitragem, de acordo com a já superada disciplina do Código de Processo Civil de 1973, mostrava-se muito menos vantajosa que o recurso direto ao Poder Judiciário, pois, ainda que a máquina estatal encontrasse-se lenta e sobrecarregada, figurando, a princípio, a opção por uma via alternativa mais interessante, a previsão da necessária homologação do laudo arbitral tornava inescapável a submissão ao crivo judicial daqueles que tivessem optado pelo juízo privado (FIGUEIRA JR., 1999, p. 97).

Outro aspecto desfavorável do regime arbitral disposto pelo CPC consistia na ineficácia obrigacional da cláusula compromissória, a qual, inobstante estipulada pelas partes, não dispunha de força cogente, de maneira a não haver mecanismos que obrigassem a parte recalcitrante a instituir o juízo arbitral acordado em cláusula anteriormente ajustada, que constituía, nota-se, praticamente letra morta. Assim, uma vez surgido o conflito, se uma das partes se negasse a firmar compromisso arbitral, este, sim, dotado de feição impositiva no que tange à instauração do juízo arbitral, a parte contrária nada poderia fazer em termos executivos<sup>39</sup>, mas apenas resolver a questão em perdas e danos perante o Estado-juiz. (FIGUEIRA JR., 1999, p. 97-98).

---

<sup>39</sup> Nesse ponto, cabe destacar que, segundo Figueira Jr. (1999, p. 98), “a execução específica da cláusula compromissória, nos termos do art. 639 do CPC (obrigação de fazer), em tese era possível, desde que contivesse

Após muita discussão e diversos anteprojetos voltados a tentar reestruturar o sistema jurídico da arbitragem, veio a lume, em 23.09.1996, a Lei nº 9.307/96, também conhecida como Lei da Arbitragem ou Lei Marco Maciel, então Senador de cuja iniciativa proveio o Projeto de Lei que deu origem ao mencionado diploma.

A Lei nº 9.307/96 ao regular a arbitragem, revogando os artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil de 1916, assim como os artigos 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil de 1973, dispositivos que dispunham acerca da matéria, foi responsável pela promoção de considerável avanço no tocante à técnica do procedimento arbitral. A respeito posicionou-se Teixeira (1997, p. 42 *apud* RUIZ; GAZOLA, 2010, p. 180), segundo quem a aprovação da nova lei

[...] superou os velhos entraves de nosso direito positivo à efetiva implantação da arbitragem. O quadro normativo foi, então, substancialmente alterado, graças à adoção de regras inspiradas em esmero científico, afinadas com os modelos mais aperfeiçoados da técnica contemporânea fornecida pelo direito comparado.

O novo regime arbitral legalmente instituído buscou pautar-se nos princípios insculpidos pela Constituição Federal de 1988, especialmente o do devido processo legal, vez que “ao atribuir ao árbitro, (*sic*) os mesmos poderes do juiz togado, tornou-o verdadeiro juiz da causa, transferindo-lhe parcela da jurisdição estatal, que originariamente pertencia, com exclusividade, ao Poder Judiciário” (RUIZ; GAZOLA, 2010, p. 193).

Dentre as diversas inovações trazidas pela Lei de Arbitragem, duas foram de indiscutível relevância para a modernização e fortalecimento do instituto, quais sejam, a concessão de força cogente à cláusula compromissória, bem como o fim da necessidade de submissão à homologação judicial da decisão final arbitral (RUIZ; GAZOLA, 2010, p. 193). Ao materializar a retificação de incongruências do anterior regime do CPC/73, tais mudanças tornaram os procedimentos arbitrais mais efetivos, ágeis e interessantes aos olhos de litigantes.

A cláusula compromissória, que encontra previsão no art. 4º da Lei nº 9.307/96<sup>40</sup>, não consubstanciava, conforme já explanado, garantia de instauração do juízo arbitral. Era necessário, para que se configurasse tal garantia, nova manifestação de vontade, após o surgimento do litígio, com a celebração de compromisso arbitral, de maneira tal a Bolzan de

---

os elementos mínimos capazes de ensejar a demanda executiva, em que a sentença judicial produziria os mesmos efeitos do compromisso arbitral.”

<sup>40</sup> Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Morais e Spengler (2008, p. 191) afirmarem que a cláusula, sem o compromisso, “sequer chegava a um protocolo de intenções”; Ruiz e Gazola (2010, p. 181), em visão menos radical, apontam que “antes do atual sistema arbitral, a cláusula compromissória não ensejava execução específica, mas, simplesmente, promessa de fazer, a qual não cumprida só poderia se resolver no campo das perdas e danos”; Carmona (2009, p. 17), por sua vez, enquadra a cláusula compromissória, de acordo com sistema anterior, como “apenas um pré-contrato do compromisso”.

O sistema da nova lei aboliu tal situação, de forma que, com a sua vigência, uma vez estipulada cláusula compromissória, “em havendo resistência de uma das partes quanto à instauração do juízo arbitral, poderá este ser iniciado mediante intervenção do Poder Judiciário”<sup>41</sup> (CARMONA, 1997 *apud* RUIZ; GAZOLA, 2010, p. 181).

Desta feita, a cláusula compromissória passou a ser dotada de força cogente e eficácia obrigacional, podendo-se, hoje, “instituir arbitragem apenas e tão somente com base em cláusula compromissória, dispensada a formalidade do compromisso” (CARMONA, 2009, p. 16).

É de notar, portanto, que, com o advento da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória passou a ter o condão, já detido pelo compromisso arbitral, de excluir a jurisdição estatal (CARMONA, 2009, p. 16) no tocante à apreciação do mérito da questão litigiosa, a qual, por expressão da autonomia da vontade das partes, será submetida à análise de um árbitro ou mais árbitros.

A Lei nº 9.307/96 prosseguiu avançando processualmente ao dispor, em seu art. 18, que a decisão final arbitral, que passou a receber a nomenclatura de “sentença arbitral” em vez de “laudo arbitral”, não mais necessita se submeter à homologação judicial para que produza seus efeitos, “para adquirir força executiva” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 199), ou seja, “não precisa mais passar pelo controle prévio dos órgãos do Estado para receber a oficialização que lhe era outorgada pela sentença de homologação” (CARMONA, 2009, p. 26).

---

<sup>41</sup> Disciplinando a matéria figuram os artigos 6º e 7º da Lei nº 9.307/93, cuja transcrição se faz premente: “Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. [...] Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.[...]”

Isso não quer dizer, esclareça-se, que não seja possível discutir em juízo a validade e eficácia da sentença arbitral (CARMONA, 2009, p. 26); para tanto, existe procedimento próprio previsto no art. 33 da lei sob exame, pois, conforme esclarece Carmona (2009, p. 28):

A sentença arbitral não escapa ao controle (eventual) do Poder Judiciário. Embora tenha sido abolida a homologação obrigatória do laudo arbitral (condição *sine qua non* que o Código de Processo Civil impunha para que o laudo produzisse os mesmos efeitos da sentença estatal), pode a parte interessada pleitear ao juiz togado a anulação da decisão arbitral nos casos relacionados no art. 32.

A demanda para impugnação da sentença arbitral deverá ser proposta no prazo decadencial (improrrogável, portanto) de 90 dias após o recebimento da notificação da decisão final dos árbitros. O processamento a seguir será o comum previsto no CPC, de tal sorte que, dependendo do valor da causa, poderá o autor valer-se do rito sumário. [...]

De fato, é inquestionável que a Lei nº 9.307/96 trouxe expressivo avanço em matéria arbitral. Trata-se, pelo exposto, de fato inequívoco, que não comporta discussão. A disciplina imprimida por meio do referido diploma, cuja feitura se deu em um contexto histórico de crise do sistema judicial de dizer o direito e incentivo dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos, trouxe benefícios a toda a sociedade “como uma nova e eficaz forma de acesso à justiça e, também, como contribuição ao desentrelaçamento do Poder Judiciário”. (RUIZ; GAZOLA, 2010, p. 189).

Nessa conjuntura, em que o acesso à justiça, vislumbrado como acesso à ordem jurídica justa, mostra-se concretizável não somente através do Judiciário, mas, também, pelos métodos alternativos de solução de controvérsias, “há que se ter em mente que a Arbitragem precisa passar por processos de assimilação de democratização” (RUIZ; GAZOLA, 2010, p. 189), o que se tornou tarefa menos árdua diante das novas premissas legais de afirmação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, convém salientar que, conforme matéria publicada em 23.11.2012 na revista eletrônica “Consultor Jurídico” (COMISSÃO..., 2012), encontra-se oficialmente formada a comissão de juristas responsável por elaborar proposta de reforma à Lei nº 9.307/96, a chamada Lei de Arbitragem.

A proposta, que reconhece o crescimento da arbitragem desde a vigência da mencionada lei, visa a atualizar as regras do instituto, “fortalecendo a arbitragem como meio viável e célere de resolução de conflitos” e viabilizando sua contribuição ao avanço do direito e ao desenvolvimento nacional (COMISSÃO..., 2012).

## **2.5 A arbitragem no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil.**

O Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil – PLNCPC – (Projeto de Lei nº 8.046/2011, que teve origem no Projeto de Lei nº 166/2010, do Senado), ainda em trâmite no Congresso Nacional, não realizou uma sistematização da disciplina arbitral, condensando e organizando as regras atinentes à matéria, já que tal regulamentação, por óbvio, seria despicienda, em havendo um diploma bem articulado e avançado acerca do assunto (Lei nº 9.307/96).

O Projeto (PL nº 8.046/2010) tinha em suas mãos, entretanto, a oportunidade – e o dever – de inserir no bojo do novel estatuto processual normas consentâneas com o avanço que experimentou a arbitragem e com a conjuntura histórica, jurídica e social que se vivencia, no seio da qual crescem em importância os meios ditos “alternativos” de solução de conflitos como forma de realização do direito e de promoção do acesso à justiça.

Sucedeu que o referido Projeto, nesse mister, não logrou êxito, pelo contrário, pouco avançou e, até mesmo, surpreendentemente, em alguns pontos, retrocedeu no que tange à disciplina do instituto.

Trataremos, assim, apenas dos aspectos mais relevantes nesse tocante.

Convém iniciar a análise do regramento do PLNCPC a partir do seu art. 3º, o qual estabelece que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei”.

Observa-se, de início, que o supracitado dispositivo, ao tentar positivizar a já patente compatibilidade entre a instituição do juízo arbitral e o princípio da inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário, foi infeliz. De sua leitura não se apreende conclusão outra senão a de que a arbitragem foi expressamente excluída da noção de jurisdição, de maneira que, na contramão do entendimento da maioria maciça da doutrina pátria e do regime instituído pela Lei nº 9.307/96, o PLNCPC acaba por obstaculizar a evolução que o instituto vinha experimentando.

Além disso, a redação do referido artigo pode dar ensejo ao entendimento de que, uma vez que as partes, no exercício de sua autonomia da vontade, optassem pela via arbitral como meio de solução de seu conflito, estariam elas afastando toda e qualquer apreciação judicial acerca do mesmo, o que incluiria a necessária e legítima possibilidade de interferência

por meio do controle judicial, legitimada pelo regime do diploma arbitral<sup>42</sup> (AMARAL, G., 2010).

Essa interpretação, por sua vez, acabaria por contrariar a aparente finalidade de compatibilização levantada, eis que, excluindo peremptoriamente qualquer intervenção judicial do âmbito arbitral, ainda em havendo ameaça ou lesão a direito, estaria a norma violando frontalmente o princípio, constitucionalmente insculpido, de inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário, previsto no art. 5º da Carta Magna, estando sujeita, assim, à declaração de inconstitucionalidade (AMARAL, G., 2010).

Há de se destacar, ainda, que o dispositivo distorce o teor da norma constitucional, na medida em que é patente que o mandamento constante do art. 5º, XXXV da Carta Magna, ao mencionar que “a lei não excluirá...” dirige-se ao legislador, obrigando-o a abster-se de produzir lei que exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (AMARAL, G., 2010).

O texto do art. 3º do PLNCPC, por sua vez, demonstra pouca precisão técnica, pois, ao fazer uma proibição genérica, conduz, por interpretação literal, ao entendimento absurdo de que, em havendo lesão ou ameaça a direito, a apreciação jurisdicional não poderá ser evitada, afetando, assim, a esfera de liberdade dos litigantes, que, obrigatoriamente, teriam de submeter o conflito ao alvedrio do juiz ou de um árbitro. Não haveria, assim, outra alternativa aos que se encontrassem em situação de choque de interesses, que, assim, não poderiam deixar de litigar (AMARAL, G., 2010).

O art. 327 do PLNCPC guarda correspondência com art. 301 do CPC/73, aperfeiçoando a redação do *caput*, ao introduzir uma redação mais incisiva, substituindo o verbo “competir” por “incumbir”.

O dispositivo aborda, assim, as matérias de ofício, ou seja, as alegações que o réu deve levantar antes de imergir no mérito da questão, aproveitando para corrigir uma impropriedade do texto anterior, ao substituir a expressão “compromisso arbitral” pelo gênero “convenção de arbitragem”, de forma a se coadunar com a atribuição, introduzida pela Lei nº 9.307/96, de força cogente à instituição de cláusula compromissória.

---

<sup>42</sup>Essa proposição visa apenas demonstrar a imprecisão técnica do artigo sob exame. O estudo sistemático do PLNCPC mostra que o legislador não excluiu a apreciação judicial uma vez instaurada a arbitragem, já que consta, em diversos dispositivos (art. 69, §§1º e 2º; art. 164, IV; art. 206, IV; art. 236), menção à carta arbitral, instrumento de comunicação entre árbitros e juízes, principalmente no tocante à efetivação de medidas de urgência e coercitivas deferidas pelos árbitros. (GUERRERO, 2010).



Além disso, o parágrafo 4º desse mesmo artigo põe fim a qualquer discussão que remanesca em torno da competência do árbitro para resolver acerca de sua própria competência para decidir o caso.

A negativa de tal poder ao árbitro enfraquecia consideravelmente o instituto, já que bastaria “alegar a invalidade da cláusula ou do compromisso arbitral para bloquear a atividade do árbitro” (CARMONA, 2009, p. 18).

O referido parágrafo, assim, atribui expressamente ao árbitro o conhecimento da alegação de incompetência relativa, harmonizando-se, dessa forma, com a disciplina realizada pela Lei de Arbitragem em seu art. 8º, que reconhece “ao árbitro o poder de decidir sobre a existência, validade e eficácia da cláusula e do compromisso, bem como do próprio contrato que contenha a cláusula compromissória” (CARMONA, 2009, p. 18).

Vale destacar, ainda, que o PLNCPC manteve a sentença arbitral no rol de títulos executivos judiciais, em harmonia com o patamar a que a Lei nº 9.307/96 a erigiu.

Com efeito, percebe-se que o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil positivou grandes avanços no tocante à disciplina arbitral, ao mesmo tempo em que preservou conquistas já efetivadas e, infelizmente, retrocedeu ao produzir dispositivos com imprecisões técnicas, passíveis de dar azo a discussões doutrinárias perfeitamente evitáveis.

### 3 O CABIMENTO DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS ORIUNDOS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Não há falar de Administração Pública se se referir ao Estado, de maneira tal que seu estudo deve partir do conceito do ente estatal, “sobre o qual repousa toda a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos a serem prestados aos administrados” (MEIRELLES, 2007, p. 59).

#### 3.1 Administração Pública.

A Administração Pública é a face do Estado voltada ao desempenho da função administrativa, entendido Estado, aqui, como “*núcleo social politicamente organizado e ordenado, com um poder soberano, exercido em um território, com um povo, para o cumprimento de finalidades específicas*”, por meio de suas funções essenciais, classicamente tripartidas nas funções legislativa, judicial e administrativa (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 30) (grifo do autor).

Sob o ângulo subjetivo, também conhecido como formal ou orgânico, a expressão Administração Pública se identifica com o conjunto de pessoas jurídicas (de direito público ou de direito privado), órgãos e agentes que possuem a incumbência de exercer atividades administrativas.

No que tange aos entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e seus agentes e órgãos, tem-se a chamada Administração Direta, assim chamada por desempenhar atividades administrativas de forma centralizada.

Já as pessoas jurídicas – e seus respectivos órgãos e agentes - especialmente criadas pelos entes federativos para o exercício da função administrativa compõem a chamada Administração Indireta<sup>43</sup>.

No sentido objetivo, designado, ainda, material ou funcional, a Administração Pública corresponde à “própria gestão dos interesses públicos executada pelo Estado, seja

---

<sup>43</sup>Sobre o tema, cabe destacar lição de Meirelles (2007, p. 62), que, em breves linhas, esclarece que os entes federativos, também chamadas entidades estatais, isto é, entidades com autonomia política (além da administrativa e financeira), são a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios. “As demais pessoas instituídas ou autorizadas a se constituírem por lei ou são autarquias, ou são fundações ou são empresas governamentais, ou são entidades paraestatais [...]. Esse conjunto de entidades estatais, autárquicas, fundacionais, empresariais e paraestatais constitui a Administração Pública em sentido instrumental amplo, ou seja, a Administração centralizada e a descentralizada.”

através da prestação de serviços públicos, seja por sua organização interna, ou ainda pela intervenção no campo privado [...]” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 27). Em outras palavras, está-se referindo à função administrativa, a qual, segundo Cunha Júnior (2009, p. 30-31), equivale a um conjunto de “atividades *públicas*, de caráter essencialmente *administrativo*, consistentes em realizar *concreta, direta e imediatamente* os fins constitucionalmente atribuídos ao Estado” (grifo do autor).

Mais a frente, o autor (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 31) explicita que

A função administrativa é concreta, direta e imediata porque a Administração Pública age *concretamente* (com injunções e regulamentações, pondo em execução a vontade abstrata do Estado contida na lei), *diretamente* (sem intermediações ou substituições) e *imediatamente* perante os administrados, prestando os serviços públicos e atendendo as necessidades coletivas, visando o bem-estar geral da comunidade, realizando os fins constitucionais do Estado (grifo do autor).

Delineadas essas breves noções acerca da Administração Pública, fundamentais para o entendimento do objeto desse trabalho, convém tratar dos pilares da disciplina jurídica atinente.

### **3.1.1 Regime jurídico-administrativo. Interesse público.**

O “arsenal normativo-principlológico que conforma toda a Administração Pública” (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 35), seja no tocante aos sujeitos, seja no que pertine às funções que eles desempenham, é conhecido como regime jurídico-administrativo, o qual se assenta a partir de dois princípios, o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, conhecidos como binômio do direito administrativo (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 36).

Antes de discorrer acerca dessas normas, fundamentos da função administrativa, é primordial tratar da noção de interesse público.

A concepção de interesse público se interliga, intuitivamente, à ideia de interesse do todo, do próprio conjunto social, de maneira a não se confundir, registre-se, com a simples soma dos interesses singulares de cada indivíduo (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 59).

Isso porque o interesse público é apenas uma faceta dos interesses dos indivíduos, “aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – comparecem em tal qualidade”, daí se extraindo ser possível que o interesse público contrarie um dado interesse individual, salientando-se, entretanto, que esse interesse público jamais

pode contrariar a dimensão pública dos interesses individuais, isto é, dos interesses de cada um enquanto partícipe da Sociedade, pois “seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 59-61).

Com efeito, o interesse público pode ser definido “*como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 61) (grifo do autor).

Dito isso, convém advertir acerca do comum equívoco em se identificar o interesse público como todo e qualquer interesse titularizado pelo Estado, ou seja, pela entidade que representa o todo, o conjunto social. A propósito, Bandeira de Mello (2010, p. 65-66) ensina que

[...] o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Esses últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles (grifo do autor).

Desta feita, quando os interesses do Estado se relacionarem à sua condição de sujeito de direitos, não podem eles ser considerados interesses públicos propriamente ditos, pois não correspondem aos chamados interesses primários, os interesses da coletividade como um todo (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 39).

Isso posto, tem-se subsídios para entender, com profundidade, a supremacia do interesse público sobre o privado.

Cuida-se de verdadeira máxima do direito administrativo, pressuposto de uma ordem social estável na medida em que a primazia do interesse público sobre o particular se

mostra como condição para a própria existência desse último (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 69), já que a limitação dos interesses individuais, vista como limitação das liberdades, é imprescindível para a convivência delas e para a promoção do bem-estar geral<sup>44</sup>.

A concessão de diversas prerrogativas à Administração Pública constitui instrumento de viabilização dessa prevalência, desembocando em posição privilegiada e de supremacia do órgão encarregado de zelar pelo interesse público nas relações com os particulares (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 70).

A referida posição privilegiada “encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão. Traduz-se em privilégios”, que podem ser exemplificados pela presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, o benefício de prazos maiores para intervenção ao longo do processo judicial etc. (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 70).

A posição de supremacia, por sua vez, manifesta-se na relação de verticalidade entre Administração e particulares, na qual o Poder Público, em situação de desigualdade jurídica diante dos administrados, ostenta poderes de comando e autoridade (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 36-39), os quais se materializam na possibilidade a Administração, por meio de ato unilateral, constituir os privados em obrigações, além do direito de modificar, unilateralmente, relações já firmadas (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 70).

Do exposto não se pode aferir, no entanto, que tais caracteres autorizariam a Administração Pública a, escudada na supremacia do interesse público, exercer suas prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com a qual os particulares exercitam seus direitos, pois, consoante leciona Bandeira de Mello (2010, p. 71-72)

[...] a Administração exerce *função*: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do *dever* posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no *interesse alheio* (grifo do autor).

---

<sup>44</sup>Para ilustrar, pode-se citar o exemplo das sinalizações de trânsito. Os indivíduos não devem simplesmente se locomover a seu bel-prazer, desrespeitando sinais de trânsito, andando na contramão etc., pois, ao fazê-lo, estão sujeitos à aplicação de multas e outras penalidades. O Estado, assim, se utilizando de sua autoridade, com vistas ao bem comum, restringe parcialmente a liberdade de locomoção do indivíduo a fim de, em última análise, viabilizá-la, pois se cada um se movimentasse tal qual quisesse, sem estar sujeito a sanção alguma, instalar-se-ia o caos.

A indisponibilidade do interesse público, o outro sustentáculo do regime jurídico-administrativo, tem sua noção derivada do próprio conceito de interesse público, pois, em sendo qualificado como próprio da coletividade, é inapropriável, não se encontrando à disposição da vontade e da conveniência do administrador, a quem cabe apenas curá-lo, preservá-lo e promovê-lo, nos termos da vontade estatal consagrada em lei (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 74).

Esse fundamento do direito administrativo encontra correlação direta com o princípio da legalidade, pois, na medida em que a atividade administrativa é subordinada à lei, que estabelece, à luz do interesse público, as finalidades a serem atingidas pelos órgãos administrativos, não há como se afastar da promoção do bem comum sem ferir o sobredito princípio.

Sobre a importância do princípio da legalidade, que, na Administração, não se esgota na ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 74), Meirelles (2007, p. 87-88), em lição, ensina que

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

Estabelecidas essas concepções introdutórias acerca da Administração Pública, fulcro para a compreensão do funcionamento da máquina administrativa, convém tratar dos ajustes por ela celebrados no exercício de suas funções.

### ***3.1.2 Contratos administrativos.***

A Administração Pública, no exercício da função administrativa, visando a concretizar o interesse público primário, sempre nos ditames da lei e de acordo com a finalidade nela inserta, adota voluntariamente diversas providências e condutas, como a prática de atos e a celebração de ajustes.

A formalização de contratos, assim, apresenta-se como uma das formas de operacionalização e atingimento do interesse público visado. O Estado, pessoa jurídica apta a adquirir direitos e contrair obrigações, tem possibilidade de figurar como sujeito de contratos e como parte em uma relação obrigacional (CARVALHO FILHO, 2011, p. 159).

Na conceituação de Meirelles (2007, p. 211), contrato é “todo acordo de vontades firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos”. Para Bandeira de Mello (2010, p. 614), consoante essa visão tradicional, nos termos da teoria geral dos contratos, “seus traços nucleares residem na *consensualidade* para formação do vínculo e na *autoridade* de seus termos, os quais se impõem igualmente para ambos os contratantes” (grifo do autor).

A instituição do contrato é utilizada pela Administração Pública em sua pureza originária (contratos privados da Administração) ou com a adaptação necessária aos negócios públicos (contratos administrativos) (MEIRELLES, 2007, p. 211).

Haveria, assim, uma diferenciação terminológica, de maneira que a expressão “contratos da Administração” seria usada como gênero, para fins de designação de todo e qualquer ajuste bilateral formalizado pela Administração Pública, abrangendo, portanto, os contratos privados da Administração e os ditos “contratos administrativos”, termo utilizado, para designar espécie contratual que se restringe às avenças celebradas sob regime de direito público, atuando as disposições de direito privado apenas de forma supletiva.

Nos chamados contratos privados da Administração, regidos em seu conteúdo e efeitos pelo direito privado, “a Administração situa-se no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuída, como regra, qualquer vantagem especial que refuja às linhas do sistema contratual comum. Na verdade, considera-se que, nesse caso, a Administração age no seu *ius gestionis*” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 160), afastada, portanto, de seu poder de império. Para fins de exemplificação, podemos citar “a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública etc.” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 615).

Segundo Carvalho Filho (2011, p. 161), contrato administrativo é “o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”.

Bandeira de Mello (2010, p. 621), em outras palavras, aduz que contrato administrativo é um tipo de avença formalizada “entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as

condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado”<sup>45 46</sup>.

Os dois conceitos deixam claro o regime jurídico de direito público a que estão submetidos esses contratos (Lei nº 8.666/93, art. 54), ajustes que, eminentemente voltados ao alcance de um fim útil para a coletividade, são marcados pela posição de desigualdade entre as partes contratantes, desigualdade essa que se manifesta na posição de supremacia da Administração Pública em relação ao contratado<sup>47</sup> (CARVALHO FILHO, 2011, p. 166).

Essas prerrogativas de supremacia, conferidas por instrumentais à realização da finalidade pública (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 621), materializam-se nas chamadas cláusulas exorbitantes, assim nominadas por exorbitarem do direito comum, estipulando disposições inadmissíveis e ilícitas no seio de um contrato privado, tendo-se em vista a consignação, à Administração, de vantagens (e também restrições)<sup>48</sup>, as quais rompem a igualdade entre as partes contratuais e se afastam de princípios que regem a teoria geral dos contratos.

Com efeito, dentre as cláusulas exorbitantes figuram as prerrogativas da Administração de, no interesse do serviço público, alterar e rescindir unilateralmente o contrato, fiscalizar sua execução, aplicar sanções e ocupar provisoriamente bens móveis,

---

<sup>45</sup> Nesse ponto, cumpre destacar que “não é, portanto, o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público, que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do Direito Privado (obra, serviço, compra, alienação, locação) e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes em quaisquer contratos da Administração, sejam públicos ou privados, como *pressupostos necessários* de toda atuação administrativa. É a participação da Administração, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo” (MEIRELLES, 2007, p. 213) (grifo do autor).

<sup>46</sup> Carvalho Filho (2011, p. 165) atribui à relação jurídica resultante do contrato administrativo algumas peculiaridades, como o formalismo (não basta o consenso das partes, deve haver o respeito a certos requisitos internos e externos) e a confiança recíproca – *intuitu personae* (o contratado é aquele que teve sua proposta vencedora no procedimento licitatório, demonstrando melhores condições para contratar com a Administração). Meirelles (2007, p. 212), nesse sentido, menciona como caracteres do contrato administrativo a consensualidade, já que se trata de acordo de vontades, e não de ato unilateral; a comutatividade, pois há compensações recíprocas e equivalentes para ambas as partes; e, também, a onerosidade, pois existe remuneração, nos termos estabelecidos no contrato.

<sup>47</sup> Na relação jurídica estabelecida por meio da celebração dos contratos Administrativos, em um polo está a Administração Pública, parte contratante, e no outro a pessoa física ou jurídica que formaliza o ajuste, dito contratado. O termo de Administração Pública é utilizado de forma a abranger não só a Administração Direta, mas também a Indireta, de maneira que, além dos entes federativos, podem ser partes de contrato administrativo as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista (CARVALHO FILHO, 2011, p. 162-163).

<sup>48</sup> Os contratos administrativos regem-se por princípios específicos do direito administrativo, considerando-se “a posição característica da Administração, que é de indeclinável compromisso com um interesse cujo atendimento não pode ser postergado. Sua defesa postula, a um só tempo, a existência de assinalados poderes inculcados à Administração e restrições que lhe cerceiam, o quanto possível, eventuais extravios de sua conduta”. (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 621)



imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, nas hipóteses previstas em lei (Lei nº 8.666/93, art. 58).

O Poder Público, destarte, “usufrui de todos os poderes indispensáveis à proteção do interesse público substanciado no contrato” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 624).

É de se notar, pelo exposto, restarem de certa forma mitigados os princípios de que o contrato é lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da observância do pactuado (*pacta sunt servanda*), haja vista que, na superveniência de vicissitudes que justifiquem o gozo das prerrogativas atribuídas à Administração, essa, em nome do interesse público, poderá adotar medidas impensáveis no regime de contratos privados, como as já mencionadas alteração ou rescisão unilateral.

Vale esclarecer, no entanto, que a celebração de contrato administrativo de modo algum configura vantagens e garantias apenas para o Poder Público contratante. O particular, por meio do direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tem seus interesses patrimoniais resguardados, de maneira que “cabe-lhe integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo”, sendo a contrapartida dos poderes da Administração essa “proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, de modo que a desigualdade dantes encarecida equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro buscado pelo contratante privado” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 622-623).

A relevância do papel dos contratos administrativos se sobreleva quando os ajustes entre a Administração Pública e os particulares têm como objeto a delegação da prestação de serviços públicos.

O Estado tem a seu cargo os serviços públicos a serem prestados em prol da coletividade, ora desempenhando uma gestão direta desses serviços, por meio da Administração Direta ou da Indireta (CARVALHO FILHO, 2011, p. 335), ora promovendo sua delegação a particulares, sob, é óbvio, estrita fiscalização e condições especiais, haja vista a obrigatória sujeição ao regime de direito público<sup>49</sup>.

O exposto encontra base constitucional no art. 175, segundo o qual “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

---

<sup>49</sup> Conforme Bandeira de Mello (2010, p. 671), “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Os institutos da concessão e da permissão de serviços públicos foram regulados pela Lei nº 8.987/95, a qual distingue, em seu art. 2º, duas modalidades de concessão: concessão de serviço público (conhecida como concessão simples) e a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública.

Concessão de serviço público é o contrato administrativo<sup>50</sup> por meio do qual a Administração Pública transfere a pessoa jurídica ou consórcio de empresa, por prazo determinado, mediante prévia licitação na modalidade concorrência, o exercício de serviço público, para que o particular preste-o em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia de manutenção do equilíbrio econômico financeiro, de maneira que a remunerar-se por meio de tarifas pagas pelos usuários (CARVALHO FILHO, 2011, p. 338) (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 701)

<sup>51</sup> <sup>52</sup>

Na relação jurídica estabelecida por meio do contrato de concessão, a Administração Pública é denominada poder concedente e o executor do serviço, particular contratado, é chamado de concessionário.

A concessão de serviço público precedida da execução de obra pública assemelha-se à chamada concessão simples, com o diferencial de que, nesse caso, ao concessionário incumbe, primeiramente, a execução de determinada obra pública, sendo-lhe concedida, em seguida, a execução, por lapso temporal determinado, de serviço público, a fim de que ele possa remunerar-se dos vultosos gastos despendidos na construção da obra e também auferir os ganhos a que visa (CARVALHO FILHO, 2011, p. 340-341).

---

<sup>50</sup> Diante da impossibilidade da Administração de renunciar a seu poder de organização dos serviços públicos, podendo tão-somente transferir sua execução a terceiros, alguns doutrinadores vêm se levantado contra a natureza jurídica contratual da concessão, a qual implicaria ilegal cessão de competências de entes públicos a particulares. Tratar-se-ia, assim, de estipulações de natureza regulamentar (KLEIN, 2010, p. 74).

<sup>51</sup> Bandeira de Mello (2010, p. 702) destaca que o imprescindível para a caracterização da concessão de serviço público é que “o concessionário se remunere pela ‘exploração’ do *próprio serviço concedido*. Isto, de regra, se faz, como indicado, ‘em geral’ e ‘basicamente’ pela percepção de tarifas cobradas dos usuários. Entretanto, dita exploração pode ser feita, em alguns casos, por outro meio. É o que sucede nas concessões de rádio e televisão (radiofusão sonora ou de sons e imagens), em que o concessionário se remunera pela divulgação de mensagem publicitárias cobradas dos anunciantes. Não se trata de tarifas e quem paga por isso não será necessariamente um ‘usuário’. Mas há, aí, igualmente, exploração do serviço público concedido” (grifo do autor).

<sup>52</sup> É forçoso salientar lição de Bandeira de Mello (2010, p. 710), segundo a qual “só há concessão de serviço público quando o Estado considera o serviço em causa como próprio e como privativo do Poder Público”. Por isso, “não caberia cogitar de outorga de concessão a alguém para que preste serviços de saúde ou de educação, já que nem uma nem outra destas atividades se constituem em serviços privativos do Estado”. Em se tratando de serviço privativo do Estado, e, por isso, “inegociável, inamovivelmente sediado na esfera pública”, o Estado mantém a titularidade do serviço e total disponibilidade sobre ele, o que justifica o regime de concessões estipulado pela Lei nº 8.987/95, o qual defere ao poder concedente uma série de prerrogativas que se fundam, em último caso, na supremacia do interesse público sobre o privado.

A permissão de serviço público, tradicionalmente, é vista como outra modalidade de prestação indireta de serviços públicos, figurando como “ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que se faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 759).

Seguindo a mesma lógica da concessão, aqui, o Poder Público é denominado permitente e o particular é designado permissionário.

Assim, à luz da doutrina clássica, a principal diferença entre concessão e permissão, ambas modalidades de prestação indireta de serviços públicos, seria a de que, enquanto a concessão seria um contrato administrativo, a permissão figurava como ato unilateral, do qual o Estado valer-se-ia quando não desejasse constituir o particular em direitos contra ele, podendo revogar o ato permissionário a qualquer tempo e sem qualquer indenização (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 759).

Em razão de seus contornos, a permissão se prestaria “*apenas para situações efêmeras, transitórias ou enfrentáveis* a título precário para acudir eventualidades contingentes, até regular solução delas” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 761) (grifo do autor).

Sucedem que a Constituição Federal, no parágrafo único do art. 175, utiliza o termo “contrato” para se referir tanto à concessão quanto à permissão, e a Lei 8.987/95, na mesma linha, expressamente dispõe, em seu art. 40, que “a permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão”.

Em verdade, ao atribuir-se natureza jurídica contratual à permissão, está-se identificando ela e a concessão no que cada instituto tem de mais significativo (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 765), restando ínfimas as diferenças entre os institutos, já que, conforme sintetiza Carvalho Filho (2011, p. 383):

[...] ambos os institutos: 1) são formalizados por contratos administrativos; 2) têm o mesmo objeto: a prestação de serviços públicos; 3) representam a mesma forma de descentralização: ambos resultam de delegação negocial; 4) não dispensam licitação prévia; e 5) recebem, de forma idêntica, a incidência de várias particularidades desse tipo de delegação, como supremacia do Estado, mutabilidade contratual, remuneração tarifária etc.<sup>53</sup>

<sup>53</sup> Carvalho Filho (2011, p. 383-385) segue na comparação entre os institutos, destacando que, nesse contexto, as diferenças entre concessão e permissão se reduzem ao fato de que o concessionário deve ser pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquanto o permissionário pode ser pessoa física ou jurídica. Para ele, a noção de precariedade não implica diferença alguma, pois não exime o Poder Público de indenizar o permissionário em

Faz-se pertinente, nessa temática, tecer considerações sobre a parceria-público privada, espécie de contrato de concessão de serviço público criada pela Lei 11.079/2004.

Segundo Meirelles (2007, p. 402), a parceria público-privada constitui concessão especial de serviços públicos, eis que “o particular presta o serviço em seu nome, mas não assume todo o risco do empreendimento, uma vez que o Poder Público contribui financeiramente para sua realização e manutenção”.

Carvalho Filho (2011, p. 392), por sua vez, conceitua a parceria público-privada como

[...] acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento de riscos e ganhos entre os pactuantes.

Regulando o instituto, a Lei 11.079/2004, em seu art. 2º, aduz que a parceria público-privada pode figurar em duas modalidades, (a) na chamada concessão patrocinada, caracterizada pelo pagamento de contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado, cuja remuneração, assim, não se restringe às tarifas cobradas dos usuários, e (b) na designada concessão administrativa, na qual a própria Administração Pública figura como usuária direta ou indireta dos serviços prestados pelo particular.

Estabelecidos os alicerces no que toca à disciplina da Administração Pública e dos contratos administrativos, de acordo com o enfoque e os objetivos do presente trabalho, proceder-se-á ao estudo da possibilidade de emprego da arbitragem para solução de conflitos surgidos no âmbito dessas avenças.

### **3.2 Arbitragem no âmbito dos contratos administrativos: discussão.**

O esforço até então expendido na exposição de todos os conceitos, debates e análises constitui pressuposto para que se possa adentrar ao cerne do presente trabalho, na medida em que oferece subsídios para enfrentarmos a discussão acerca do cabimento da arbitragem como meio de solução de litígios oriundos de contratos administrativos.

---

caso de rescisão unilateral, de maneira que “a ressalva ‘a título precário’ não traduzi marca distintiva convincente”. Por fim, arremata que “é mais lógico admitir-se que entre a permissão e a concessão não mais se vislumbrem diferenças do que tentar identificar pontos distintivos incongruentes, inócuos e não convincentes”.

Busca-se, assim, examinar a possibilidade de o Poder Público submeter-se à arbitragem, adentrando, primeiramente, no estudo do que acima se nominou “arbitrabilidade”.

54

O aspecto subjetivo da arbitrabilidade, que tem seus moldes delineados no art. 1º da Lei nº 9.307/96 - segundo o qual, para se valer da arbitragem, o sujeito deve ser capaz de contratar -, é plenamente obedecido pelo Estado, pois não restam dúvidas de que este, no gozo de sua personalidade de direito público, é capaz de celebrar diversas avenças com vistas a atingir seus objetivos, possuindo evidente capacidade contratual (KLEIN, 2010, p. 69).

Considerando que a Lei nº 9.307/96 faz uso da expressão “pessoas capazes de contratar” e que a capacidade das pessoas é regulada pelo Código Civil, conclui-se que “se incluem no conceito de arbitrabilidade subjetiva as pessoas físicas, pessoas jurídicas de direito privado e pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias, associações públicas)” (MAGALHÃES, 1986, p. 84 *apud* AMARAL, 2012, p. 54).<sup>55</sup>

Percebe-se, dessa forma, que o ponto crucial da discussão não reside no aspecto subjetivo da arbitrabilidade, o qual, como visto, não enseja maiores controvérsias.

Assim, exsurge como fator determinante ao cabimento da arbitragem a análise de seus aspectos objetivos.

Os limites objetivos à admissibilidade do emprego da via arbitral (a chamada arbitrabilidade objetiva) consistem na exigência inafastável de que o objeto do litígio submetido ao julgador privado diga respeito a “direitos patrimoniais disponíveis”, consoante dispõe o art. 1º da Lei nº 9.307/96, na mesma linha seguida pelo Código Civil de 2002, cujo art. 852 dispõe que “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial” (AMARAL, 2012, p. 55).

---

<sup>54</sup> Vide tópico 2.2.1.2.

<sup>55</sup> No que toca à arbitrabilidade subjetiva, Klein (2010, p. 69-70) levanta que “além da capacidade genérica para contratar, cabe verificar se o ente estatal apresenta capacidade específica para dispor dos direitos patrimoniais que são objeto da discussão”, sendo tal capacidade específica verificada em termos de competência, ou seja do conjunto de deveres e obrigações que cabem ao órgão administrativo. Desta feita, a seu ver, para que preencha o requisito subjetivo da arbitrabilidade, não basta se gozar de personalidade jurídica de direito público e de consequente capacidade contratual, sendo necessário, ainda, a atribuição “de poderes para resolver unilateral ou amigavelmente com o contratado a controvérsia”. Destaca, ainda, que não significa que “a alegação de suposta incapacidade específica da Administração consistiria em impeditivo para o desenvolvimento da arbitragem. A questão, mesmo sob o prisma de vício do contrato de que se origina o conflito, poderá ser apreciada pelo tribunal arbitral como preliminar”.

A ideia de submeter ao crivo de julgador privado controvérsia derivada de ajuste celebrado pela Administração Pública sob regime de direito público levou muitos ao entendimento de que “o interesse público subjacente à atuação da organização estatal impediria que a solução de qualquer controvérsia deixasse de ser submetida ao Poder Judiciário” (CARDOSO, 2010, p. 16).

Destarte, partindo do equívoco, “muito comum, de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração” (GRAU, 2000, p. 382), alguns estudiosos se insurgiram contra o emprego da arbitragem no seio de contratos administrativos.

Nesse contexto, cabe ressaltar que, embora o cabimento da arbitragem em litígios envolvendo o Poder Público seja atualmente aceito pela doutrina majoritária, “não é possível afirmar que esta orientação esteja definitivamente consolidada nem que seja imune a controvérsia”<sup>56</sup> (PEREIRA; TALAMINI, 2010, p. 9).

Isso posto, proceder-se-á, a seguir, à desconstituição dos argumentos levantados contra o recurso à via arbitral como legítimo meio de solução de conflitos advindos de contratos administrativos.

### **3.2.1 A suposta incompatibilidade da arbitragem com a Constituição<sup>57</sup>.**

---

<sup>56</sup> Conforme o posicionamento de Bandeira de Mello, (2010, p. 716), “é inadmissível que se possa afastar o Poder Judiciário quando em pauta interesses indisponíveis, como o são os relativos ao serviço público, para que particulares decidam sobre matéria que se constitui em *res extra commercium* e que passa, então, muito ao largo da força decisória deles. É da mais solar evidência que particulares jamais teriam qualificação jurídica para solver questões relativas a interesses públicos, quais as que se põem em um ‘contrato’ de concessão de serviço público. Chega a ser grotesco imaginar-se que o entendimento revelado em decisão proferida por sujeito privado possa se sobrepor à intelecção proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência. Disparate de um tão desabrido teor só poderia ser concebido no dia em que se reputasse normal que os motoristas multassem os guardas de trânsito, que os contribuintes lançassem tributos sobre o Estado e os cobrassem executivamente ou em que os torcedores, nos estádios de futebol, colocassem ordem nas forças da polícia, dissolvendo algum ajuntamento delas.

<sup>57</sup> A constitucionalidade da arbitragem já foi afirmada pelo Plenário do STF (STF, Tribunal Pleno, Sentença Estrangeira 5.206/EP – Espanha, Rel Min; Sepúlveda Pertence, j. 12/12/2001, DJ, p. 29, 30 abr. 2004). Vale destacar, também, que o Excelso Pretório, no emblemático “caso Lage”, admitiu a submissão do Poder Público ao juízo arbitral e reconheceu o caráter irrecorrível da sentença arbitral. (STF, AI nº 52.181, rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 68/382).

Acrescendo razão à constitucionalidade da arbitragem, Didier Jr. (2012, p. 112) aponta que o Estado brasileiro, também em nível constitucional (CF/88, art. 114, §§1º e 2º), autoriza o exercício da jurisdição por juízes privados.

Seguiremos no presente tópico a sistematização de Binenbojm (2008, p. 137-138), que divide em três os óbices de índole constitucional comumente opostos à admissibilidade de cláusulas compromissórias em contratos envolvendo a Administração Pública:

- (i) o princípio da legalidade administrativa, óbice que poderia ser transposto mediante lei autorizativa expressa;
- (ii) o princípio da indisponibilidade do interesse público, por isto que a arbitragem se prestaria apenas à solução de conflitos em torno de direitos disponíveis;
- (iii) o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que impediria o caráter definitivo da sentença arbitral.

Por questões didáticas, primeiramente será abordado o princípio da indisponibilidade do interesse público para, somente então, se proceder à análise das questões atinentes aos princípios da legalidade administrativa e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

### ***3.2.1.1 A aparente ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público.***

Eis aqui o ponto nevrálgico do presente estudo, a argumentação principal levantada por aqueles que refutam o emprego da via arbitral no âmbito dos contratos administrativos.

Esses estudiosos partem da premissa de que se o interesse público é indisponível e a atuação estatal visa à realização desse interesse, não se pode conceber que a Administração Pública submeta seus litígios (que, de acordo com esse raciocínio, sempre versariam sobre direitos indisponíveis) à arbitragem, meio que só admite como objeto direitos patrimoniais disponíveis (AMARAL, 2012, p. 56).

Tal raciocínio, incongruente por essência, funda-se em uma análise superficial e precipitada das noções de disponibilidade e interesse público.

A noção de disponibilidade <sup>58</sup>, a qual se relaciona com aquilo que o sujeito pode fazer de forma autônoma, independentemente de autorização ou comando jurisdicional que o imponha a adotar determinada postura, pode ser avaliada sob duas perspectivas distintas (KLEIN, 2010, p. 71).

---

<sup>58</sup> Vide tópico 2.2.1.2.

A primeira delas diz respeito à disponibilidade como possibilidade de abrir mão da submissão da controvérsia à justiça estatal (KLEIN, 2010, p. 71), identificando-se com a não necessidade da intervenção judicial (AMARAL, 2012, p. 69)<sup>59</sup>.

Essa disponibilidade pode ser aferida nos casos em que “a própria Administração poderia definir a questão unilateralmente ou em comum acordo com o particular” (KLEIN, 2010, p. 72), de tal modo que, se a questão pode ser resolvida até mesmo direta e extrajudicialmente, sem que a intervenção estatal sequer seja necessária, por razões lógicas nada obsta que, nesses casos, a controvérsia seja submetida a um juízo arbitral, o qual obedece a um processo que deve ser consentâneo com as garantias inerentes ao devido processo legal.

Nesse ponto, convém trazer lição de Tácito (2002, p. 27), segundo a qual

Na medida em que é permitido à Administração Pública, em seus diversos órgãos e organizações, pactuar relações com terceiros, especialmente mediante a estipulação de cláusulas financeiras, a solução amigável é fórmula substitutiva do dever primário de cumprimento da obrigação assumida.

Assim, como é lícito, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação – e, por via de consequência, a convenção de arbitragem – será meio adequado a tornar efeito o cumprimento obrigacional quando compatível com a disponibilidade de bens.

Isso posto, cabe esclarecer que submeter um litígio à solução arbitral não é sinônimo de renúncia ao direito material envolvido na controvérsia, eis que este, ao final, poderá ou não ser reconhecido à Administração Pública (KLEIN, 2010, p. 71). A opção pela via arbitral, portanto, não representa abdicação, por parte da Administração Pública, de posição jurídica alguma, tampouco implica disposição do interesse público (AMARAL, 2012, p. 57)<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Klein (2010, p. 72), analisando o texto do CC/2002, que dispõe que “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal e de família e outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”, conclui que o dispositivo faz menção aos dois requisitos objetivos da arbitrabilidade conforme estabelecido pelo art. 1º da Lei de Arbitragem, de maneira que a 1ª parte identifica-se com o requisito da disponibilidade, que, desta feita, é vista como aquelas situações cujo acerto independe de comando jurisdicional.

<sup>60</sup> Forçoso se faz destacar explicação de Binenbojm (2008, p. 139), segundo a qual “a pactuação da cláusula compromissória não se caracteriza como típico *ato de disposição*. Ao contrário, em muitos casos, a arbitragem poderá se apresentar como a melhor forma de resguardar o patrimônio público (interesse público secundário) e promover o interesse público (interesse público primário). Do ponto de vista estritamente patrimonial, a arbitragem poderá ser, em muitos casos, a (*sic*) mais vantajosa para a Administração do que a solução judicial. Imagine-se, por exemplo, um contrato rescindido por culpa do parceiro privado, em que haja uma verba indenizatória devida à Administração. A maior celeridade do procedimento arbitral virá em favor do Poder Público. Em uma palavra: nada garante que a solução judicial seja mais favorável ao patrimônio público. De outra parte, seria *imoral* – e, portanto, inconstitucional – imaginar que a Administração Pública – devedora contumaz – possa preferir a solução judicial à arbitral por ser a primeira a mais morosa” (grifo do autor).



A segunda acepção atribuída à disponibilidade se relaciona à possibilidade ou não de renúncia ao direito material objeto do litígio.

A esta altura, com o fito de dirimir quaisquer remanescentes dúvidas, cumpre trazer à baila diversas considerações.

De início, deve-se desconstituir a equivocada “correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público” (GRAU, 2000, p. 20), a qual parte da falsa premissa de identificar como interesse público todo e qualquer interesse titularizado pelo Estado, ou seja, pela entidade que representa o todo, o conjunto social<sup>61</sup>.

Desta feita, o Estado, “enquanto aparato organizacional autônomo” (ALESSI, 1978, p. 232- 233 *apud* GRAU, 2000, p. 19), enquanto sujeito de direitos singularmente considerado, possui interesses, os quais, conhecidos como interesses públicos secundários, não se confundem com os interesses públicos propriamente ditos, os quais se direcionam à obtenção do bem estar coletivo.

Assim, “nem tudo o que se põe sob a cura da Administração é indisponível” (PEREIRA, 2010, p. 138).

O Estado, como ente voltado à consecução do interesse público primário, só pode realizar seus interesses secundários “na medida em que coincidam, e nos limites dessa coincidência, com o interesse coletivo primário” (GRAU, 2000, p. 19).

Como exemplo de situação em que se pode vislumbrar a diferença mencionada, cita-se caso em que, para atingir o interesse público envolvido em determinado caso concreto, a Administração precisará se valer de ato de disposição patrimonial, como se dá na hipótese de pagamento de indenização por desapropriação. Nesse caso, o interesse público primário será atingido através de ato de disposição patrimonial pela Administração Pública (AMARAL, 2012, p. 59), o qual contraria, por óbvio, o interesse público secundário, o interesse do Estado que, como sujeito de direitos, não quer ter seu patrimônio reduzido.

Nota-se que tanto se tratam de interesses distintos que muitas vezes o interesse público primário é realizado através de atos de disposição que vão de encontro ao interesse público secundário.

A propósito, o Ministro Luiz Fux, em decisão monocrática, consignou que:

---

<sup>61</sup> Vide tópico 3.1.1.

O Estado, quando atestada sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao ‘interesse público’. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade, no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da Administração<sup>62</sup>.

Dessa forma, os únicos interesses de que a Administração Pública pode dispor são os interesses públicos secundários, somente podendo fazê-lo se e na medida em que coincidem com o interesse público propriamente dito.

A respeito, Lemes (2002, p. 344) ensina que:

No direito administrativo, questões há que, ou são de direitos indisponíveis, em que o ente público age com poder de império (*ius imperium*), e outras no campo do direito privado (*ius gestiones*), em que lhe é autorizada margem de negociação que não agrida, ou conflite com o interesse público<sup>63</sup>.

Nota-se, então, que a Administração, buscando desempenhar suas funções e concretizar o interesse público primário, voltado à satisfação da coletividade, celebra contratos valendo-se de sua autonomia contratual, autonomia essa que se manifesta também no que toca à pactuação da arbitragem, de maneira que “se a premissa desta constatação é de que o Estado pode contratar na órbita privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer da contratação” (CARMONA, 2009, p. 45).

Convém, nesse ponto, transcrever voto, proferido no famoso “caso Lage”, da lavra do então Ministro da Suprema Corte Bilac Pinto, no bojo do qual aduz

“[...] não ser possível a interdição do juízo arbitral, mesmo nas causas contra a Fazenda, o que importaria numa restrição a autonomia contratual do Estado que, como toda pessoa *sui generis*, pode prevenir o litígio, pela via transacional, não lhe podendo recusar esse direito, pelo menos na sua relação de natureza contratual ou privada, que só esta pode comportar solução, pela via arbitral, dela excluída aquelas em que o Estado age como Poder Público que não podem ser objeto de transação”.

64

<sup>62</sup> STJ, MS 11.308/DF, decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, j. 07/02/06, DJ, 03 mar. 2006.

<sup>63</sup> Contrariando essa concepção, Amaral (2012, p. 76) aduz que “de direitos indisponíveis ou de natureza não patrimonial podem decorrer questões de cunho eminentemente patrimonial e disponível. Apesar de o fundamento da controvérsia ser um direito não patrimonial e/ou indisponível, o objeto da convenção de arbitragem poderá ser delimitado de modo a abranger apenas direito patrimonial disponível. Pode-se mencionar, como exemplo, uma reparação de danos decorrente da violação de direito extrapatrimonial. Nessa hipótese, o valor da indenização em si é um direito patrimonial disponível, decorrente de um direito extrapatrimonial.

<sup>64</sup> STF, AI nº 52.181, rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 68/382.

Em outras palavras, “a competência para negociar e contratar a respeito de interesses patrimoniais disponíveis de administração pública implica na correlata competência para pactuar preventivamente a solução de controvérsias por meio de arbitramento” (MOREIRA NETO, 1997, p. 89), pois “sustentar a inviabilidade de a Administração se submeter à arbitragem corresponderia a reconhecer que ela não poderia participar de contratos administrativos, tampouco teria autonomia para produzir manifestação sobre disposição de bens e direitos (JUSTEN FILHO, 2009, p. 539 *apud* AMARAL, 2012, p. 54).

Com efeito, negar à Administração poder para pactuar cláusula compromissória é negar sua autonomia contratual, instrumental ao exercício do dever de bem administrar, de maneira tal a estar-se, em última instância, obstando a realização do interesse público a que a atuação administrativa eminentemente visa.

Entendido como objeto sujeito à arbitragem o direito não só disponível, mas também de caráter patrimonial, incumbe tecer considerações acerca da patrimonialidade.

A noção de patrimonialidade liga-se aos direitos “passíveis de valoração pecuniária ou dos quais é possível extrair-se utilidade econômica” (KLEIN, 2010, p. 77).

Faz-se pertinente ressaltar que, para parcela da doutrina, o conceito de direito disponível desemboca na noção de patrimonialidade, de modo que direitos disponíveis, para esses estudiosos, são aqueles que possuem expressão patrimonial. Amaral (2012, p. 76), doutro giro, refuta a identificação entre os conceitos de patrimonialidade e de disponibilidade, aduzindo que não poderia tratar-se de conceitos sinônimos em tendo o legislador estipulado-os como requisitos distintos para a definição da matéria arbitrável.

Cumprido destacar, por fim, que os bens patrimoniais da Administração não podem ser equiparados com os direitos patrimoniais, pois, se de um lado, os direitos patrimoniais não decorrem somente de bens patrimoniais, de outro, nem todos os bens patrimoniais originam direitos patrimoniais passíveis de submissão ao juízo arbitral (AMARAL, 2012, p. 77).

Para ilustrar, basta observar os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial, “bens patrimoniais em relação aos quais o Estado não tem poder de disposição”, sendo inalienáveis em decorrência da afetação pública que recai sobre eles. Para que possam ser submetidos à arbitragem, é indispensável lei específica que promova a desafetação, isto é, a desvinculação dos bens à satisfação de uma necessidade coletiva, de maneira que eles passem a integrar a esfera de disponibilidade do Estado (AMARAL, 2012, p. 72).

### 3.2.1.2 A aventada violação ao princípio da legalidade administrativa.

Alguns estudiosos (BARROSO, 2003, p. 433 *apud* AMARAL, 2012, p. 60) apontam a necessidade de autorização legal<sup>65</sup> <sup>66</sup> explícita e específica para a válida inserção de cláusula compromissória em contrato administrativo, exigência essa que parte da equivocada premissa de que a cláusula de arbitragem configura ato de disposição da Administração Pública (BINENBOJM, 2008, p. 138), de modo que a função da previsão legal seria a de afastar a suposta indisponibilidade do interesse público envolvido (KLEIN, 2010, p. 81).

Tais alegativas, entretanto, não merecem prosperar, haja vista “a suficiência das normas gerais sobre arbitragem para que a Administração a ela se submeta”<sup>67</sup> (KLEIN, 2010, p. 82), pois, conforme explicita Binenbojm (2008, p. 138):

A autorização legal (geral e orçamentária) para a realização de despesas pela Administração, mediante celebração de contratos com particulares importa, *a fortiori*, a autorização para que o administrador faça uso de todos os meios negociais disponíveis para a melhor consecução dos interesses da coletividade. Assim, *v.g.*, pode a Administração Pública proceder ao acertamento direto de seus conflitos com particulares, o que não ofende à legalidade. Por igual razão, pode a Administração Pública pactuar a realização de procedimento arbitral, como o meio mais eficiente de solução de suas controvérsias com particulares. Trata-se de um poder implícito ao *dever de bem administrar* o patrimônio público e promover o interesse público aquele de obrigar-se à solução arbitral de conflitos (grifo do autor).

---

<sup>65</sup> O Tribunal de Contas da União firmou entendimento no sentido da chamada “admissibilidade contida” do emprego da arbitragem em sede de contratos administrativos, de modo a somente admiti-la em havendo autorização legal expressa e específica (TCU, Plenário, autos nº 005.123/2005-4, acórdão nº 1.271/2005, Rel. Min. Marcos Bemquerer, j. 24.08.2005, DOU, 02.set.2005; TCU, 2ª Câmara, acórdão nº 537/2006, rel. Walton Alencar Rodrigues, j. 14.3.2006, v.u., DOU, 17.mar.2006).

<sup>66</sup> A 2ª Turma do STJ encampou entendimento de que os litígios relativos ao conteúdo econômico dos contratos administrativos são passíveis de submissão à arbitragem, já que não envolvem discussão acerca de interesse público primário (STJ, 2ª Turma, REsp nº 612.439/RS, rel. Min. João Otávio Noronha, julg. Em 25.10.2005, DJ, p. 299, 14 set. 2006)

Lemes (2002, p. 347-348), na mesma linha, enuncia que “transmutando a questão para a área específica da concessão de serviço público verificamos que estes contratos possuem cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras são aquelas que outorgam prerrogativas públicas ao concessionário, e, as segundas, as que denotam o caráter contratual da obrigação e o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Assim, a arbitragem pode ser utilizada para dirimir controvérsias referentes às cláusulas financeiras, mas não para as cláusulas regulamentares [...]”.

<sup>67</sup> Pertinente ao tema, discorrendo sobre a necessidade de um procedimento especial arbitral quando se tratasse de litígios oriundos de contratos administrativos, Amaral (2012, p. 68) aduz que “não parece que a Lei de Arbitragem precise de qualquer adaptação nesse sentido, pois os litígios derivados de contratos administrativos passíveis de serem resolvidos por arbitragem não guardam significativas peculiaridades em relação aos litígios de direito privado submetidos ao mesmo método heterocompositivo. **As únicas particularidades de um processo arbitral envolvendo o Poder Público dizem respeito à observância da publicidade processual e à necessidade do julgamento cm base na lei.** Assim, não é necessário ou adequado conceber um procedimento especial para reger uma arbitragem versando sobre litígios derivados de contratos administrativos” (grifo nosso).

Nesse ponto, convém destacar as previsões específicas<sup>68</sup> constantes da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95, art. 23-A) e da Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004, art. 11, III), as quais, diante dos comandos gerais constantes da Lei de Arbitragem e do Código Civil, mostram-se prescindíveis, de maneira tal que, em havendo regramento legal suficiente para legitimar o emprego da via arbitral pelo Poder Público, o deveria restar consignado expressamente seria a vedação ao uso desse meio, e não o contrário, pois, a reprodução norma permissiva da utilização da via arbitral, nesse contexto poderia ser interpretada, *a contrario sensu*, como vedação do recurso à arbitragem quando inexistente essa norma específica (KLEIN, 2010, p. 81 e 82).

Além disso, salienta-se que exigir autorização legal caso a caso seria um “despautério, absurda violação do princípio constitucional da separação de poderes” (BINENBOJM, 2008, p. 139), pois restringiria consideravelmente a atuação administrativa às normas advindas do processo legislativo.

Desta feita, a questão resolve-se a partir da noção de que se reconhece à Administração uma série de poderes implícitos ao dever de bem administrar, figurando a pactuação de cláusula compromissória dentre eles. Em suma, “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, de forma mais eficiente, o dever de bem administrar” (BINENBOJM, 2008, p. 139).

### ***3.2.1.3 A tese de ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional<sup>69</sup>.***

A invocação de ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF/88, art. 5º, XXXV) pelo ato de pactuação cláusula compromissória afigura-se completamente despropositada em se considerando a noção de disponibilidade como não necessariedade de intervenção judicial.

Nas situações em que a intervenção judicial sequer se faz necessária, as partes, no exercício da autonomia da vontade, detêm o direito de renunciar à jurisdição estatal e optar por submeter o conflito ao crivo de um árbitro.

---

<sup>68</sup> Pode-se citar outros diplomas que trazem previsão específica acerca da possibilidade de escolha da via arbitral em caso de contenda, como a Lei nº 9.472/97 (que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações), em seu art. 93, XV; a Lei 9.478/97 (que institui a Agência Nacional do Petróleo), em seu art. 43, X; e a Lei nº 10.848/04 (que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica), em seu art. 4º, §§5º e 6º.

<sup>69</sup> Vide tópico 2.2.

Isso porque se as partes pode resolver a controvérsia direta e extrajudicialmente, nada obsta que elas optem por submeter a apreciação do litígio a um julgador privado, ainda com mais razão se tivermos em mente as garantias que devem permear o processo arbitral.

Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>70</sup>, deixando assente, nas palavras de Binenbojm (2008, p. 140), que

[...] a opção pela cláusula de arbitragem é uma decorrência da disponibilidade dos recursos envolvidos no contrato administrativo [...] De fato, segundo entendimento do STF, a renúncia à tutela jurisdicional é válida quando em jogo interesses disponíveis. Ora, permitida a disponibilidade dos recursos públicos mediante a contratação administrativa, segue daí que a Administração poderá também convencionar a forma pela qual os litígios decorrentes do contrato serão dirimidos. O acessório (cláusula compromissória) segue a sorte do principal (disponibilidade dos interesses envolvidos no contrato).

Por fim, convém esclarecer que a pactuação de convenção de arbitragem implica afastamento consensualmente da intervenção do Poder Judiciário tão-somente no que toca à análise do mérito do litígio, não significando, absolutamente, total afastamento do controle jurisdicional, que pode ser invocado nos exatos termos dos arts. 32 e 33 da Lei nº 9.307/96<sup>71</sup>.

### ***3.2.1.4 As questões em torno das regras constitucionais de competência, do princípio do juiz natural e do princípio da publicidade.***

Suplantadas as discussões em torno dos pontos propostos por Binenbojm (2008, p. 138), observa-se haver ainda algumas questões a serem enfrentadas no que tange a possíveis afrontas à Constituição Federal pela eleição da via arbitral como meio de tratamento de conflitos advindos de contratos administrativos.

<sup>70</sup> STF, Tribunal Pleno, Sentença Estrangeira 5.206/EP – Espanha, Rel Min; Sepúlveda Pertence, j. 12/12/2001, DJ, p. 29, 30 abr. 2004.

<sup>71</sup> “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. § 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento. § 2º A sentença que julgar procedente o pedido: I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII; II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses. § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.”

Há quem aponte que o deferimento a árbitro do poder de julgamento sobre a demanda violaria as regras constitucionais de distribuição de competência, o que redundaria em inconstitucionalidade, haja vista que lei infraconstitucional (no caso, a Lei nº 9.307/96) não teria o condão de derrogar as normas, de ordem constitucional, que atribuem a determinados juízos a competência para processar e julgar determinadas ações (AMARAL, 2012, p. 58).

Não assiste razão àqueles que assim entendem, eis que as regras constitucionalmente previstas “destinam-se, exclusivamente, a atribuir competência quando o Poder Público litigue perante juízo estatal”, de maneira que “tais regras não incidirão quando o ente público tenha convencionado outro meio de solução, que não o estatal (*e.g.* o arbitral)” (AMARAL, 2012, p. 59).

Desta feita, sendo a opção pela via arbitral, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, legítima expressão da autonomia contratual da Administração Pública, restam, nesse caso, afastadas as regras constitucionais de distribuição de competência, as quais, repita-se, só incidem quando a demanda se processa diante da jurisdição estatal.

Em assim sendo, improcedente a alegação de malferimento às regras de competência constitucionalmente dispostas.

No que tange ao princípio do juiz natural, o qual assegura a independência e imparcialidade dos juízes por meio da previsão de regras de determinação da competência (CF/88, art. 5º, LIII), impedindo, assim, a criação de tribunais *ad hoc*, não merece guarida a alegação de que a eleição da via arbitral como meio de dirimir conflitos havidos no seio de contratos administrativos afrontaria tal norma.

Isso porque a opção pela arbitragem decorre de manifestação consensual das partes, que, no exercício da sua autonomia da vontade e em uma clara expressão de confiança, escolhem o(s) árbitro(s) ou o órgão arbitral a quem incumbirão de poder decisório sobre a contenda, de maneira tal que o recurso à via arbitral não viola, mas, ao contrário, concretiza o princípio do juiz natural<sup>72</sup> na medida em que garante um juízo imparcial e habilitado a proferir decisões condizentes com a realidade dos fatos, pois é natural pressupor que ninguém confiaria a indivíduo (ou órgão) de reputação ou postura duvidosas o poder de julgar litígio que envolva interesse próprio.

---

<sup>72</sup> Também entendendo que o juízo arbitral implica realização da garantia constitucional do juiz natural se posicionou o Superior Tribunal de Justiça (STJ, MS 11.308/DF, decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, j. 07/02/06, DJ, 03 mar. 2006).

Por fim, cumpre discorrer acerca dos debates que orbitam em volta do princípio da publicidade<sup>73</sup>.

Com base na noção de que a publicidade, princípio constitucionalmente previsto como disciplinador da atividade administrativa (CF/88, art. 37, *caput*), deve ser observada na atuação pública como meio de controle por parte da coletividade e transparência, muitos apontam para a impossibilidade de emprego da arbitragem em conflitos que envolvem o Poder Público.

Essa conclusão parte da errônea premissa de que todo processo arbitral é sigiloso. A confidencialidade é, sem dúvidas, um dos aspectos que trazem vantagens à utilização da via arbitral - vez que “as partes podem se prevenir dos efeitos maléficos da ampla exposição ao público e de aspectos do litígio e da própria existência deste” (KLEIN, 2012, p. 102) -, o que não significa, entretanto, que lhe seja característica essencial.

Como regra geral, é permitido que o processo arbitral seja mantido sob sigilo, cabendo às partes, no exercício de sua autonomia da vontade, optar ou não pela confidencialidade.

É inconteste que “o sigilo mostra-se incompatível com litígios arbitrais envolvendo entes públicos” (AMARAL, 2012, p. 83), o que, no entanto, não significa categórica inconciliabilidade entre a arbitragem e as controvérsias em que o Poder Público seja parte.

Isso porque, nesse caso, a liberdade das partes em torno da definição da confidencialidade afigura-se restringida por “normas legais que determinam a publicidade de alguns atos e a confidencialidade de outros” (KLEIN, 2012, p. 102), de maneira que, nesse caso, “os princípios da publicidade e da transparência da atividade administrativa haverão de prevalecer sobre a faculdade de as partes do processo arbitral imporem sigilo ao processo e à decisão” (KLEIN, 2012, p. 103).

Dessa forma, diante do “dever público de prestação de contas à coletividade” e do “real interesse da sociedade civil em acompanhar os desdobramentos do litígio” (KLEIN, 2010, p. 102), a autonomia da vontade das partes, no que tange à pactuação das regras que regerão o processo arbitral, em especial ao aspecto da confidencialidade, encontra-se limitada,

---

<sup>73</sup> Consoante Bandeira de Mello (2010, p. 114), o princípio da publicidade consagra-se no “dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”.



devendo figurar como regra<sup>74</sup>, em atenção à exigência de transparência na atuação da Administração (AMARAL, 2012, p. 83), a publicidade dos atos havidos no bojo da arbitragem em que o Poder Público atua como parte.

### ***3.2.2 Os questionamentos diante da previsão de cláusula de foro obrigatória pela Lei nº 8.666/93.***

A Lei nº 8.666/93, que institui regras gerais acerca dos contratos administrativos, prevê, em seu art. 55, §2º, a necessidade de estipulação de cláusula de eleição de foro no bojo desses ajustes.

Diante dessa disciplina legal, alguns se insurgiram quanto à possibilidade de inserção de cláusula arbitral em contratos administrativos, inserção essa que seria incompatível com a obrigatória estipulação de cláusula de eleição de foro (AMARAL, 2012, p. 62), que, instituída por norma cogente, de ordem pública, implicaria exclusão do juízo arbitral (KLEIN, 2010, p. 85).

Tal raciocínio, no entanto, encontra-se equivocado, haja vista que a necessária previsão de cláusula de foro nos contratos administrativos não pode ser interpretada como obrigatoriedade de que se discuta toda e qualquer questão perante o juízo estatal (AMARAL, 2012, p. 85).

Desta feita, a estipulação de cláusula de foro “não tem seu sentido esvaziado diante da previsão da cláusula arbitral” (KLEIN, 2010, p. 85), haja vista permanecer fundamental aos casos em que o litígio (ou parcela dele) verse sobre direitos indisponíveis (AMARAL, 2012, p. 62), bem como para os casos que envolvam definição de questões relativas à arbitragem (KLEIN, 2012, p. 85) – situações em que a intervenção do Judiciário se faz imprescindível.

Observa-se, dessa forma, não restar qualquer incompatibilidade entre a previsão de cláusula de foro obrigatória e a instituição de cláusula compromissória.

---

<sup>74</sup> Fala-se em regra porque, assim como no processo judicial existem questões que, à luz do ordenamento jurídico, tem sua publicidade mitigada diante de situações excepcionais, sempre com vistas à realização do interesse público, ao processo arbitral devem ser aplicados os mesmos critérios determinantes da decretação de sigilo de justiça no âmbito estatal (KLEIN, 2010, p. 103).

### 3.3 O cabimento da arbitragem como meio de solução de litígios oriundos de contratos administrativos.

Analisadas as características da arbitragem e vencidas todas as argumentações que refutam seu cabimento no seio dos contratos administrativos, observa-se que se trata de meio de solução de controvérsias não somente viável, mas também, em certos casos, recomendável e vantajoso à Administração Pública (AMARAL, P., 2010, p. 345).

Nesse sentido, aponta Grau (2000, p. 382) que “não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da Administração, como, antes, é recomendável, posto que privilegia o interesse público”.

O emprego da arbitragem, dessa forma, se mostra como uma exigência da atual configuração do Estado, configuração essa vinculada à transformação da Administração Pública, em que se visa à “melhor realização do interesse público com o menor sacrifício possível de outros interesses públicos e dos interesses dos particulares envolvidos” (KLEIN, 2010, p. 65).

Esse progressivo reconhecimento da arbitragem como meio de solução de conflitos envolvendo o Estado<sup>75</sup> é consequência “de movimento de modernização alinhado com a ideia de consensualização da atuação estatal”, o qual “busca aproximar o Estado das pessoas privadas, inserindo ao menos parte dos litígios de cunho administrativo no quadro mais amplo das formas de solução de controvérsias adotadas pelas pessoas privadas em suas próprias relações”, sendo “parte de uma promessa estatal de transparência e atualidade” (PEREIRA; TALAMINI, 2010, p. 10).

Inserir-se nesse contexto a constatação de que o interesse público é resultado da conjugação e ponderação de uma pluralidade de interesses, estando diretamente relacionado ao intercâmbio entre público e privado (KLEIN, 2010, p. 65-66).

A propósito discorreu Binenbojm (2008, p. 140), consignando que

[...] a relação do interesse público com interesses privados não obedece a um esquema binário (interesse público *versus* interesses privados). Ao contrário, tratando-se de interesses privados assegurados pela Constituição como direitos fundamentais, sua preservação e promoção é de ser havida como meio de realização do próprio interesse público. Com efeito, a noção moderna de interesse público não é obtida por oposição aos interesses particulares, mas mediante juízos ponderativos

---

<sup>75</sup> Em artigo recentemente publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico, intitulado “Decisões dos tribunais revelam posição pró-arbitragem”, Wald e Gerdau de Borja (2012) destacam o grande desenvolvimento que a arbitragem experimentou nos últimos seis anos.

que permitam a concretização de interesses individuais e metas coletivas, na maior extensão possível. Assim, pode-se afirmar que a maior celeridade, a maior especialização e o maior grau de imparcialidade (sobretudo em contratos que envolvam parceiros privados estrangeiros) propiciados pela arbitragem são elementos que, em um juízo de ponderação, conduzem à conclusão de que a solução arbitral, em determinadas circunstâncias, é a que realiza pontualmente o *melhor interesse público* (grifo do autor).

Nessa conjuntura, considerando-se que “a arbitragem se insere nos novos paradigmas do direito processual universalmente aceitos”, “em um ambiente ainda maior de reestruturação do Estado nas suas mais amplas vertentes”, no qual a prestação jurisdicional se volta a priorizar a efetividade e a informalidade (LEMES, 2002, p. 342), a via arbitral se apresenta, muitas vezes, graças à sua informalidade, flexibilidade, tecnicidade e celeridade inerentes, como o meio mais adequado a dirimir conflitos oriundos de contratos administrativos, comumente de grande porte e envolvendo matéria de elevado grau de especificidade.

Em assim sendo, a solução arbitral, em virtude principalmente de sua tecnicidade e celeridade<sup>76</sup>, permite a prolação não só de uma solução tecnicamente adequada à matéria do litígio - haja vista o árbitro ser, geralmente, especialista no assunto discutido -, mas também de uma resposta ágil e efetiva, possibilitando, em essência, a realização do interesse público a que visa a celebração do contrato administrativo, cujas eventuais dissidências não se devem prolongar no tempo, sob pena de prejuízo à população como um todo.

Com efeito, não há falar, “de maneira absoluta, em melhor ou pior forma de prestação da tutela jurisdicional para a solução de nossos inúmeros conflitos qualificados por pretensões resistidas”, pois tudo dependerá “da natureza do conflito apresentado no caso concreto e da opção que as partes irão fazer, espontaneamente e em comum acordo, a respeito da prestação da tutela pelo Estado-juiz ou pelo árbitro” (FIGUEIRA JR., 1999, p. 102).

Desta feita, a arbitragem “não é (nem pode ser) a solução para a crise da justiça, na medida em que ela se adapta apenas a uma parcela dos litígios<sup>77</sup>, precisamente aqueles

---

<sup>76</sup> Vale destacar a lição de Martins (2006, p. 256-257), o qual aponta a celeridade como consequência da disponibilidade dos árbitros para o exercício da função, disponibilidade essa que se refere não apenas à questão do tempo, mas “adentra outros fatores, como a análise detalhada das peças processuais elaboradas pelas partes, não raro com excessivo número de páginas e citações. A verificação cautelosa das provas documentais. A investigação ampla da transcrição dos depoimentos das testemunhas e dos representantes das partes. A disponibilidade permite ao árbitro uma acuidade na interpretação do contrato e a melhor integração de suas lacunas e omissões. Favorece a perseguição da verdade material”.

<sup>77</sup> A arbitragem, em decorrência de suas especificidades, dentre as quais se destacam os elevados custos e a restrição em torno do objeto, não busca ser a solução para o problema da crise da justiça, vez que se adequa apenas a determinada parcela de litígios, dentro dos quais se encaixam os contratos administrativos; no entanto,

‘vencionados’ a serem dirimidos por um árbitro especializado”, nos quais se incluem os contratos administrativos (AMARAL, 2012, p. 29), diante dos quais a arbitragem mostra grande valia “como forma de dar motricidade e resolução às relações jurídicas do Estado, pautando-se em um sistema seguro e justo” (VITA, 2008, p. 218).

A arbitragem figura, assim, como “mecanismo apto a oferecer uma decisão técnica sobre litígios normalmente de alta complexidade e em tempo adequado” (AMARAL, 2012, p. 29), coadunando-se, dessa forma, com os traços mais peculiares dos contratos administrativos, que geralmente, repita-se, são de grande porte (gerando uma relação custo-benefício vantajosa para as partes) e envolvem matérias de elevado grau de complexidade técnica (demandando um juízo mais técnico, específico e preciso acerca dos fatos).

---

no tocante aos conflitos compatíveis com seus caracteres, a arbitragem é plenamente apta a promover o acesso à justiça, vislumbrado como acesso a uma ordem jurídica justa, em que não basta o simples obtenção de uma prestação jurisdicional, devendo essa estar em sintonia com os princípios constitucionais processuais, em um contexto que possibilite a justa composição do litígio. Em assim sendo, a arbitragem proporciona, de certa forma, o desafogamento do Judiciário no tocante às demandas que lhe são pertinentes, possibilitando que o Estado-juiz se volte eminentemente às questões em que sua intervenção se faz obrigatória ou adequada, atuando de forma mais qualificada e eficiente e aproximando-se cada vez mais dos jurisdicionados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme restou demonstrado, as impugnações ao cabimento da arbitragem no âmbito dos contratos administrativos resultam de um raciocínio precipitado que se baseia em premissas equivocadas, as quais equiparam o interesse público ao interesse da Administração como sujeito de direitos, olvidando, assim, da distinção básica entre interesse público primário e interesse público secundário, de modo a vislumbrar como indisponível todo e qualquer interesse defendido pelo Poder Público.

Considerando que a Administração Pública, como ente personalizado, é titular de interesses próprios e que os atos de disposição feitos por ela realizados figuram como meios de atingimento do interesse público propriamente dito (*e.g.*, o pagamento de indenização em caso de desapropriação), não há porque negar ao ente público a possibilidade de se utilizar da arbitragem, o que não significa, repita-se, estar abrindo mão de qualquer interesse público propriamente dito, uma vez que os interesses públicos secundários podem ser objeto de disposição tão-somente se esse ato de dispor funcionar como instrumento de concretização do interesse da coletividade como um todo.

Malfere qualquer espécie de lógica pressupor que a Administração Pública seja tolhida do poder de pactuação de cláusula arbitral, não lhe sendo cabível, assim, optar pelo meio que lhe pareça mais adequado à solução de conflitos advindos de contrato que celebrou no exercício de sua autonomia contratual, instrumental à realização do interesse público.

Em outras palavras, negar o poder de se utilizar da via arbitral é negar a própria autonomia contratual da Administração Pública.

Além disso, o ato de firmar cláusula compromissória não viola o princípio da legalidade, haja vista estar legitimado na autorização legal conferida à Administração Pública para que efetive seu dever de bem administrar, sendo-lhe deferido o uso de todos os meios negociais possíveis a fim de melhor realizar o interesse público, dentre eles figurando a opção pela via arbitral, que, muitas vezes, se mostra mais vantajosa à Administração Pública, por proporcionar uma resposta célere e tecnicamente compatível com a complexidade do objeto do contrato.

Convém destacar, ainda, ser desprovida de qualquer sentido a alegação de que a eleição da via arbitral afrontaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição, tendo em vista o fato de a via arbitral somente poder ser pactuada em situações de disponibilidade, nas quais a

intervenção judicial sequer seria necessária. Em assim sendo, se as partes podem resolver o conflito direta e extrajudicialmente, que se dirá se optarem por à arbitragem, meio que respeita todo um procedimento calcado no princípio do devido processo legal.

Superada toda e qualquer argumentação contrária à utilização da arbitragem na seara dos contratos administrativos, pode-se observar que o meio arbitral afigura-se não somente cabível, mas também – e principalmente – adequado e efetivo.

Isso porque, em que pese os elevados custos de um processo arbitral, este também é dotado de estrutura que garante sua celeridade, sem falar na *expertise* dos árbitros, geralmente detentores de conhecimento em matérias de considerável complexidade técnica, o que, diante do grande porte dos contratos administrativos em geral e da tecnicidade de seus conteúdos, gera uma equação custo-benefício bem vantajosa para os litigantes, que obtém uma resposta rápida e tecnicamente adequada.

Desta feita, ao promover as condições necessárias à justa composição do litígio, proporcionando não somente uma resposta para o conflito levado a julgamento, mas uma resposta rápida, segura e adequada, a arbitragem permite a concretização do princípio de acesso à justiça, entendido como acesso a uma ordem jurídica justa.

Em assim sendo, deve-se abandonar a concepção difundida de apego ao Estado como única fonte de tratamento de conflitos, atentando-se para os caracteres e vantagens dos meios alternativos de solução de controvérsias, com destaque para a arbitragem, que se mostra plenamente capaz de ser, em determinados casos, a melhor forma de dirimir dissidências.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. Carreira. **Direito arbitral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 422 p.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **O anteprojeto do novo CPC e os prejuízos à arbitragem**. 2010. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI110149,81042-O+anteprojeto+do+novo+CPC+e+os+prejuizos+a+arbitragem>. Acesso em 11 Jan. 2013.
- AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público. *In*: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coord.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 329-348.
- AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 233 p.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: La politique.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de: Teoria generale del diritto.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, F. M.. **Mediação e arbitragem**: alternativas a jurisdição! 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 256 p.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 5 de outubro de 1988.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1940.
- \_\_\_\_\_. **Lei n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973.
- \_\_\_\_\_. **Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984.
- \_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, 1997.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.848 de 15 de março de 2004.** Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nos 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências.. Brasília, DF: Presidência da República, 2004.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2004.

\_\_\_\_\_. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, do Senado Federal, que trata do "Código de Processo Civil" (revoga a Lei nº 5.869, de 1973). **Redação final do Projeto de Lei nº 8.046, de 2010.** Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=ACDD82FD9DB37E3FB6E6525AC7132024.node1?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ACDD82FD9DB37E3FB6E6525AC7132024.node1?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010)>. Acesso em: 05 Jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 52.181/GB - Guanabara. Agravante: União Federal. Agravados: Henry Potter Lage, Espólio de Henrique Lage, Espólio de Frederico Lage e outro. Relator: Ministro Bilac Pinto. Julgado em: 14 nov. 1973. Diário de Justiça, 15 fev. 1974. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206 – EP. Agravante: M B V Commercial and Export Management Establishment. Advogado: Evandro Catunda de Clodoaldo Pinto e outros. Agravado: Resil Indústria e Comércio LTDA. Advogado: Márcia Serra Negra e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em: 12 dez. 2001. Diário de Justiça, 30 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 22 jan. 2013.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 11.308 – DF (2005/0212763-0). Impetrante: TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A. Advogado: Laércio Guarçoni e outro. Impetrado: Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. Julgado em: 07 fev. 2006. Diário de Justiça, 03 mar. 2006. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 22 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Embargos Declaratórios no Recurso Especial nº 612.439 – RS (2003/0212460-3). Embargante: AES Uruguaiana Empreendimentos LTDA. Advogado: Arnaldo Wald e outro. Embargante: Companhia Estadual de Energia Elétrica CEEE. Advogado: Marcelo Silveira Torcato e outros. Embargado: os mesmos. Julgado em: 25 out. 2005. Diário de Justiça, 14 set. 2006. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 22 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.271/2005. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Sessão de 24/08/2005. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 set. 2005. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=2>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 537/2006. 2ª Câmara. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 14.03.2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2006. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=4&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. *In*: BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 123-141.

CARDOSO, André Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. *In*: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coord.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15-61.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. 571 p.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

COMISSÃO para reformar Lei da Arbitragem está formada. **Revista eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 23 novembro 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-23/comissao-ira-propor-reforma-lei-arbitragem-13-juristas>>. Acesso em: 14 Jan. 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v.1.

FERNANDES, J. S.B., A arbitragem de litígios envolvendo entes públicos como tendência do processo civil contemporâneo. 2011. 204 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2011.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 323 p.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista trimestral de direito público**. São Paulo, Catavento Distribuidora, fas. 32, p. 14-20. 2000.

GUERRERO, L.F.. **A Arbitragem e o novo CPC**. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <<http://www.alfonsin.com.br/a-arbitragem-e-o-novo-cpc/>>. Acesso em 11 Jan. 2013.

KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. *In*: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coord.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63-109.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviço público – Perspectivas. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v.5, fas. 17, p. 342-354. jul./set.2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Processo, v.1. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. Arbitragem e o setor de telecomunicações no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.3, fas. 9, p. 252-261. abr./jun.2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Fórum, fas. 209, p. 81-90, jul./set.1997.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ. *In*: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coord.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131-149.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: esboço de um consenso e novos desafios. *In*: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coord.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 7-12.

ROCHA, J. A.. **Teoria geral do processo**. 10 ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. 267 p.

RUIZ, I.A, GAZOLA, M.. Alguns Aspectos Essenciais da Arbitragem e o Acesso à Justiça. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, Maringá, v. 10, p. 167-197, 2010. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1512/1004>>. Acesso em: 07 Jan. 2013.

SANTOS, Ricardo S. S.. Arbitragem e acesso à justiça. **Seqüência (UFSC)**, Florianópolis, v. 53, p. 253-267, 2006. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15104/13758>>. Acesso em: 18 Nov. 2012.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem**: um caminho para a crise do Judiciário. Barueri: Manole, 2005.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Arbitrabilidade nos contratos com a Administração Pública**. 2008. 124 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

SODRÉ, Antonio. **Curso de Direito Arbitral**. Leme: Editora JH Mizuno, 2008.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, fas. 210, p. 111-115. out./dez.1997.

TÁCITO, Caio. O juízo arbitral em direito administrativo. *In*: MARTINS, Pedro Batista A.; GARCEZ, José Maria Rossani. **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam** do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 23-28.

VITA, Jonathan Barros. O desenvolvimento continuado de uma nova visão da interação entre a Arbitragem e o Poder Público. *In*: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. P. 199-219.

WALD, Arnoldo; GERDAU DE BORJA, Ana. Decisões dos tribunais revelam posição pró-arbitragem. **Revista eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 21 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-21/decisoes-tribunais-pais-revelam-posicao-favoravel-arbitragem>>. Acesso em: 23 Jan. 2013.

