

BREVES APONTAMENTOS PARA A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

BRIEF NOTES FOR ARBITRATION IN PUBLIC ADMINISTRATION

Antônio Pereira Gaio Júnior¹
Wesllay Carlos Ribeiro²

Sumário: 1. introdução. 2. A Arbitragem. 3. O Público e o Privado na Gestão Pública. 4. Antecedentes da Arbitragem no Brasil e sua aplicação na Administração Pública. 5. Lei 13.129 e os Novos Paradigmas da Arbitragem na Administração Pública. 6. Considerações Finais. 7. Referências bibliográficas.

Resumo:

Trata-se de artigo onde se procura investigar a possibilidade de aplicação do Instituto da Arbitragem nos conflitos que envolvem a Administração Pública no Brasil. Para isso, necessário será a análise do contexto histórico legislativo pelo qual se apresentam as bases legais da arbitragem em território brasileiro, avançando sobre a tendência de aproximação em parceria entre as gestões pública e privada para melhor eficiência dos serviços públicos ofertados à população e daí, ensejando em caso de eventuais conflitos de interesses, a possibilidade de aplicação do instituto o da Arbitragem na solução dos mesmos, procurando assim, evitar o uso da própria jurisdição estatal, avolumada com milhares de ações judiciais.

Palavras-chaves: Arbitragem, Administração Pública, Solução de Conflitos.

Abstract:

This is article which seeks to investigate the possibility of applying the Arbitration Institute in conflicts involving the public administration in Brazil. For this need will be the analysis of the legislative historical context by which to present the legal arbitration facilities in Brazil, advancing on the trend approach in partnership between the public and private managements to better efficiency of public services offered to the population and hence, occasioning in the event of possible conflicts of interest, the possibility of applying the Arbitration institute in solving them, thus seeking to avoid the use of their state jurisdiction, beehive with thousands of lawsuits.

Keywords: Arbitration, Public Administration, Conflict Resolution.

¹Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra – POR. Pós-Doutor em Direito pelo *Ius Gentium Conimbrigae*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-POR. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade Gama Filho. *Visiting Professor* no *Ius Gentium Conimbrigae* – FDUC- POR. Professor Associado da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Advogado, Consultor Jurídico e Parecerista.

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor Adjunto pela Universidade Federal de Alfenas - UNIFAL.

1. INTRODUÇÃO

A situação de morosidade do Judiciário no Brasil se tornou comum. Dentre os muitos motivos que justificam esta lentidão, pode-se citar a quantidade de demandas relacionadas a atos do Poder Público. Neste sentido, dados do Conselho Nacional de Justiça referente ao ano de 2010 indicam que no Brasil 51% das ações judiciais se relacionam ao setor público, sendo deste total 38% relacionadas ao setor público federal, 8% ao setor público estadual e 5% com o setor público municipal.³

De fato a própria evolução cultural e jurídica da sociedade revela que a modernidade tardia no Brasil alcançada com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, importou na adição de um grande número de direitos aos cidadãos sem, contudo incorporar igual número de condições orçamentárias, materiais e outras com que a administração pública pudesse se valer para que houvesse a efetivação de tais direitos. Tal situação levou a antagônica situação de garantia de direitos de um lado e ausência de sua efetivação do outro. Assim, como toda pretensão resistida busca amparo, o Judiciário se viu diante de diversas situações as quais ansiavam por resposta e proteção.

Tentativas de melhorar a relação da administração pública com os administrados têm sido buscadas e implementadas. A edição da Emenda Constitucional nº19/1988, com a inclusão da eficiência como princípio informador da Administração Pública, foi uma delas. Por outro lado, também foram editadas legislações com o fito de promover a defesa de direitos difusos e coletivos como a da ação civil pública e a ação coletiva. Ainda merece destaque a implementação das Leis relativas aos Juizados Especiais Estaduais, Federais e da Fazenda Pública como tentativas esperançosas de equalizar tempo e efetividade na prestação da tutela jurisdicional, tendo os meios propícios à solução de conflitos, *ex vi* da Lei de Arbitragem, os mesmos desideratos.

2. A ARBITRAGEM

Regulada no Brasil pela Lei n.9.307/96 (LA), de 23.09.1996, recebendo esta, recentemente, modificações operadas pela Lei n.13.129, de 26.05.2015, trata-se a Arbitragem de meio propício à solução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis ou transacionáveis⁴, que, por meio de árbitro privado, escolhido pelas partes e destas

³BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas- judiciais/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

⁴Cabe frisar aqui que, no caso, a ressalva feita acerca de direitos "transacionáveis", a despeito de o próprio texto legal indicar "direitos patrimoniais disponíveis" (art. 1º) como aqueles passíveis de solução pela arbitragem, possui razão de ser. Ainda que o direito possa ser indisponível, não significa que seja impossível de ser transacionado como v. g., os alimentos. Nisso, o direito de alimentos é, verdadeiramente, indisponível, no entanto, quanto ao *quantum* referente a ele, o mesmo não podemos sustentar idêntica indisponibilidade, dada a possibilidade de ser objeto de transação, disponível nestes termos.

No mesmo sentido, ver dentre outros, LA CHINA, Sérgio (*L'Arbitrato: Il Sistema e l'esperienza*. Milano: Giuffrè, 1999, p.27-28), para quem " il necessario rispetto di una certa disciplina non significa che la stessa sai adottata a tutela di diritti assoluti della persona o di status assimilabili a quelli familiari e coniugali (e troppo corrivi si è oggi nel parlare di status e statuti del lavoratore, dell'impeditore,... senza rendersi conto delle pericolose implicazioni di um uso improprio del

recebendo poderes, decide a controvérsia, possuindo tal decisão a mesma força e efeitos jurídicos decorrentes daquelas sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.

Assim, temos que as partes, capazes, envolvidas em um conflito acerca de direitos patrimoniais disponíveis ou transacionáveis possuem a faculdade de escolher uma pessoa, física ou jurídica para solucionar específica lide, deixando de lado a prestação jurisdicional estatal.

É fato que, conforme apontado alhures, com a percepção de que a atividade jurisdicional estatal tem sido deveras incipiente, isto em decorrência de uma série de fatores, quer de origens procedimentais, administrativas ou operacionais e até mesmo de quadros, vem crescendo a consciência de que fundamental é pacificar⁵, mesmo que esta não decorra de obra eminentemente estatal desde que seja por método eficiente e protetor das liberdades fundamentais do cidadão.⁶

Nesta toada, é válido afirmar ser a arbitragem, efetivamente, um foro privilegiado e propício para a concretização do direito agredido, seja por meio de uma composição amigável ou mesmo através da convergência dos esforços dos litigantes no sentido de lograrem de maneira célere, sem atropelos às garantias essenciais do devido processo legal, da segurança jurídica e da justiça da decisão, a solução da controvérsia.

linguaggio"); também CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem. Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997, p.13.

Nesta seara, merece ainda acostar apontamento de NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. (*Código de Processo Civil Comentado*. 10 ed. São Paulo: RT, 2007, p.1393): "É disponível o direito sobre o qual as partes podem dispor, transigir, abrir mão. Em suma, todo direito que puder ser objeto de transação (CC 841; CC/16 1035) pode ser examinado e julgado por meio de juízo arbitral."

⁵ A política do consenso deve ser estimulada como tônica essencial na formação jurídica do operador do direito hodierno, sendo perceptível, sem exigir muitos esforços, o despreparo deste, sobretudo no campo prático, com as mais diversas modalidades instrumentais, fora do aparato jurisdicional estatal, v.g., conciliação, mediação e arbitragem.

Em feliz apontamento, estreitando laços com o assunto, assinala CAPPELLETTI: "Numa época em que se falou demasiadamente e com frequência sobre revoluções culturais, vale a pena sublinhar o caráter genuinamente revolucionário do movimento em prol do acesso à justiça, não somente no âmbito da ação prática, senão também quanto ao método de pensamento e mais particularmente do método de análise jurídica.

Se, na verdade, no terreno da ação, a mudança aportada e projetada foi radical, tendo-se dado um sentido novo e com conteúdo à ideia já por si mesma revolucionária, no plano do pensamento, em troca, foi tal, que se transformaram completamente os temas e modos de análise científica do jurista moderno". CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Vol. I. trad. e notas de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008. p. 391.

⁶ O próprio Estado Brasileiro, em prática reiterada diante das Cortes Arbitrais Internacionais, reconhece a eficiência da Arbitragem como meio propício à satisfação de contendas em uma diversidade de matérias, o que, certamente, deveria funcionar como política de incentivos à prática de tal via instrumental resolutiva de conflitos em território pátrio.

Disso, bem já noticiava Arnold Wald há bons anos, ratificando a aludida ideia incentivadora: "A exemplo dos últimos anos, o de 2007 representou uma fase de consolidação da arbitragem nacional e internacional no Brasil. O instituto tem sido cada vez mais utilizado por empresas brasileiras e recentes dados da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) mostram que o Brasil se tornou o maior usuário da arbitragem na América Latina e já está em quarto lugar no *ranking mundial da CCI*, atrás apenas dos Estados Unidos, da França e da Alemanha" (WALD, Arnold. *Brasil lidera uso de arbitragem na América Latina*. In: *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: <http://www.consultorjuridico.com.br>, acesso em 26 de novembro de 2015).

Para conhecimento mais amplo do instituto da Arbitragem como meio propício à solução de conflitos em âmbito internacional, mais precisamente no que se refere a conflitos comerciais e resilição de controvérsias em blocos econômicos tais como Mercosul e União Europeia, ver, por todos, GAIO JÚNIOR. Antônio Pereira. *O Consumidor e Sua Proteção na União Europeia e Mercosul - Pesquisa Conjuntural como Contribuição à Política Desenvolvimentista de Proteção Consumerista nos Blocos*. Lisboa: Juruá Editorial, 2014; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MACHADO GOMES, J. M.. *Compêndio de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

Por outro lado, dúvidas não restam ter a arbitragem, no tocante ao seu desenvolvimento como um método propício à solução de litígios, natureza tipicamente processual, configurando-se, verdadeiramente, em instrumento hábil para tal satisfação do direito molestado.

Insta anotar que o Processo, em sua formação e realização, se coloca como instrumento apto à efetivação das garantias constitucionais, levando-se consigo toda uma carga tipicamente comandada pela sua exata noção de que, mais do que um meio estatal característico para a tentativa de realização prática do justo, revela-se instrumento social e democrático eivado de direitos e garantias imperativas que devem ser respeitadas em sintonia com o estado democrático que se presencia em dado tempo e espaço.

Em firme e exata lição, Fazzalari, para quem *"il processo civile, nei vari tipi, è sempre coordinato all diritto sostanziale"*, pondo à parte a teoria do processo como relação jurídica, afirma que o processo vale pelo próprio fato do processo, como técnica de composição de manifestações em conflito, conforme existe no processo judicial, mas não só nesse, visto também, v.g., nas negociações de pretensões laborativas, na construção de vontade em meio ao debate assemblear nas empresas ou na formação da vontade colegiada ⁷, depreendendo-se aí, notadamente, a própria via arbitral como processo, encontrando-se, pois, na mesma, estrutura processual adequada⁸, propícia e, por isso, útil a instrumentalizar um conflito de interesses, tudo mediante as relações jurídicas que se desenvolvem em seu bojo entre os interessados por meio do respeito ao contraditório.

Atesta ainda o eminente professor:

A prescindere dagli ordinamenti statuali ingenerere, e non solo dal nostro, si colgono processi all'interno di gruppi per così dire transnazionali, a coesione più o meno spiccata: si pensi ai processi arbitrali, retti dalle varie leges mercatoriae che legano, al di sopra

⁷ FA ZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 7 ed. Padova: CEDAM, 1994, p. 12.

Fundamental asseverar aqui que o STF, em firme sintonia com a ideia do devido processo legal e sua aplicabilidade extensiva aos pleitos que envolvem, em um estado de direito, a proteção plena de quaisquer ameaças ou mesmo lesão aos direitos plenos do cidadão comum, assegurando uma proteção democrática dos interesses privados, expressou no RE, n. 201.819-8, que os direitos fundamentais devem ser respeitados nas relações privadas, pontuando, assim, que em todo processo que se desenvolva em associações e outras entidades privadas deve-se respeitar o direito à ampla defesa e ao contraditório. A apreciação dessa matéria foi concluída depois de meses de discussão na 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

Reforçando o presente entendimento no julgado, o Ministro Celso de Mello expressou a ideia supra de maneira responsável, pautado, inclusive, em horizontes democráticos, ao afirmar que a tese de que o estatuto das liberdades públicas "não se restringe à esfera das relações verticais entre o Estado e o indivíduo, mas também incide sobre o domínio em que se processam as relações de caráter meramente privado, reconheceu que os direitos fundamentais projetam-se, por igual, numa perspectiva de ordem estritamente horizontal."

Em síntese, portanto, ainda que as relações jurídicas que se relacionam em processos administrativos, o direito das associações privadas não é absoluto e comporta restrições, que dão lugar ao prestígio dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. No caso concreto, decidiu-se pela não concessão de recurso à União Brasileira de Compositores (UBC) que excluiu um de seus sócios do quadro da entidade sem o amplo direito à defesa.

A ideia do processo como entidade democrática e instrumento de perquirição pela busca do justo deve refletir como fundamento principal, seja em quaisquer ambientes em que se busque através do mesmo, a solução de pretensões relativas a direitos resistidos ou não.

⁸ *"Dall'esperienza di diritto privato emergono, invece, i 'processi arbitrali' (in cui si realizza una sorta di giustizia privata) (); ma, come rilevato, non può escludersi altro impiego della struttura processuale nell'ambito Ed ai fini dell'esercizio della autonomia privata"*. FA ZZALARI, Elio. Ob. cit. , p. 11-12.

*dei confini statuali, gli operatori economici in questo o quel settore.*⁹

Não se pode sobejar neste compasso que, centrando-se em uma análise sob o ponto de vista eminentemente pragmático, é sabido que, sendo o processo instrumento pelo qual a jurisdição opera, está ele relacionado, em regra, ao conjunto de atividades instrumentalizadas no sentido de se dar solução à lide, implementadas através de um encadeamento de atos – donde se depreende a palavra processo = *pro* + *cedere*: pender para frente, ir adiante, caminhar, progredir bem como das relações jurídicas desenvolvidas neste caminhar – relação jurídica processual. Neste passo, evidencia-se a própria via arbitral como composta de um procedimento do qual participam as partes interessadas, em posições antagônicas, tendo cada uma delas ônus, obrigações, direitos e deveres típicos da situação de instauração do conflito em sede arbitral, portanto, não se diferenciando, macroscopicamente, da via jurisdicional do processo.

No tocante ao desenvolvimento da arbitragem, cabe aqui, de passagem, apontar a existência das denominadas Arbitragem Institucional e Arbitragem *Ad Hoc*.

A primeira se dá quando as partes optam por escolher uma pessoa jurídica de direito privado constituída para esse fim, sendo, em regra, tal pessoa jurídica denominada de “câmara de arbitragem”.

A título organizacional, a câmara de arbitragem funciona como um pequeno juízo, possuindo regulamento próprio ao qual as partes estarão submetidas, constando também de secretaria, sistema de intimação, sala de audiências etc.

Já, no que se refere à segunda, arbitragem *ad hoc*, as partes podem escolher uma pessoa física como árbitro, acordando-se sobre todo o procedimento arbitral ao qual se submeterão.

3. O PÚBLICO E O PRIVADO NA GESTÃO PÚBLICA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa o marco no processo de redemocratização do Brasil, pois que, notadamente, implementou importantes preceitos garantidores da liberdade dos indivíduos.

Todavia, para autores como Bresser Pereira¹⁰, embora inegáveis os avanços, a CRFB/88 manteve algumas diretrizes burocráticas que impedem maiores avanços, ficando aquém de uma esperada reforma administrativa que possa posicionar o país na vanguarda de outros modelos de administração pública, processo este que face à onda neoliberal vinha sendo implementado desde o início da década de 80 na Inglaterra e nos Estados Unidos, refletindo em diversos países do mundo. Esse processo de reforma somente tomou ares de efetiva adequação aos padrões brasileiros durante o governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso. Nesta presidência foi elaborado pelo então Ministro de Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, o chamado Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado - PDRAE, o qual foi devidamente aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em 21 de setembro de 1995 e referendado pelo Presidente da República, sendo publicado em novembro do mesmo ano.

⁹ Idem, p.13.

¹⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995. Revista Brasileira de Direito Público. Ano 6. n. 23. Out/dez. 2008, p. 145-186.

Um dos pontos centrais do PDRAE foi a modificação no aparelhamento do Estado para a prestação de serviços públicos, almejando um Estado menos executor e prestador de serviço, a fim de que possa assumir um papel de coordenador, regulador e provedor de serviços. Neste contexto, a desconcentração e a descentralização seriam a tônica na Administração Pública. A primeira redividindo a competência dentro de diferentes níveis da administração pública direta e a segunda pela promoção de parcerias entre o Estado e a sociedade.

Neste processo de construção de parcerias entre Estado e Sociedade, o terceiro setor passa a ter papel relevante, sobretudo nas áreas de saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia e meio ambiente.¹¹

Por outro lado, ainda como forma de descentralização, também ganha relevância as parcerias na administração pública via contratos com o setor privado, por meio dos quais a iniciativa privada passa a atuar como delegatária de serviços públicos. Neste interim, a prática da concessão e das Parcerias Público-Privadas ganha relevo.

Reflexo deste novo modelo de gestão pública, que embora não totalmente implementado, é a aproximação do Setor Público estatal, com o público não estatal e com o setor privado. A Administração Pública até então indiferente a processos e mecanismos de gestão privada, passa a buscar novas ferramentas, meios e métodos que possibilitem o alcance de novas diretrizes que inspiradas no princípio constitucional da eficiência, possibilitem uma gestão pública mais célere, eficaz, econômica e fulcrada no resultados e no atendimento das demandas e necessidades dos cidadãos.

Deu-se início a um processo de interação entre público e privado na gestão pública até então não experimentado no sistema jurídico e administrativo brasileiro. Essa onda de reforma traz possibilidades e desafios em diversas áreas e uma delas que tem relevante papel é no setor de serviços públicos. O serviço público, dada a imperatividade da manutenção da sua prestação em face de princípios como o da continuidade e da essencialidade faz necessário a existência de meios propícios e céleres para a resolução de conflitos, o que fez a arbitragem se tornar uma alternativa atraente.

4. ANTECEDENTES DA ARBITRAGEM NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É bem verdade que o instituto da Arbitragem, muito antes do monopólio da Jurisdição estatal já se encontrava em prática no mundo.

Trata-se, por isso, de um instituto milenar, encontrando sua prática em todo o mundo.¹²

Destarte, no que se refere mais precisamente ao Brasil, tem-se notícia da Arbitragem já desde a Constituição do Império de 1824, cujo texto – art. 160 – indicava que nas causas cíveis, poderiam as partes eleger juízes árbitros, com decisões irrecorríveis, desde que convencionado pelas partes interessadas na solução da demanda.

¹¹ COSTA, F. L. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. Revista de Administração Pública, v. 42, n. 5, 2008, p. 829-874.

¹² Sobre um estudo aprofundado das bases históricas às quais repousa o instituto da Arbitragem bem como a figura do Árbitro, ver, por todos, CLAY, Thomas. *L'Arbitre*. Paris: Dalloz, 2001.

Em 26 de julho de 1831, houve a previsão do uso da arbitragem nos litígios que envolviam seguro e ainda, com o advento da Lei n. 108, de 11 de outubro de 1837, nos dissídios referentes à locação de serviços.

Com o advento do Código Comercial Brasileiro, em 1850, foi instituído o juízo arbitral necessário para causas entre sócios de sociedades comerciais, locações, entre outras. O Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, de elevado significado para o Direito Comercial, contemplou sobre a matéria arbitral, distinguindo a arbitragem obrigatória daquela facultativa, vindo o sistema de arbitragem compulsória a ser revogado pela Lei n.1.350, de 1866, permanecendo, no entanto, a arbitragem facultativa.

Em 1894, a Lei n. 221 veio à regular o procedimento arbitral no âmbito da Justiça Federal, sendo que, posteriormente, com o Decreto n. 3.084 de 1898, regulamentou seu procedimento. Segundo estes dispositivos, as partes seriam livres para recorrer das decisões sem embargo de cláusula impeditiva inserta no compromisso.

Vale ressaltar que, com a Proclamação da República os estados federados foram autorizados a legislar sobre processo, logo, também, sobre arbitragem, tendo os Códigos Processuais de Minas Gerais, São Paulo e Bahia, regulado dispositivos acerca do instituto da arbitragem.

Com a Constituição Federal de 1934 e concentrada a competência legislativa relativa a processo civil aos auspícios da União, foi promulgado o Código de Processo Civil de 1939, este que facultou a composição de pendências judiciais e extrajudiciais, em qualquer tempo, através da via arbitral, quaisquer que fossem os valores envolvidos, condicionando, no entanto, que o conflito se relacionasse com direitos patrimoniais disponíveis.

No que toca ao Código Civil de 1916, este dedicou os arts. 1.037 a 1.048 ao compromisso arbitral, assim como à solução de pendências judiciais e extrajudiciais condicionadas à escolha de árbitros, expressando a irrecorribilidade dos julgamentos, salvo se pactuado pelas partes.

A Constituição Federal de 1937, em seu art. 18, alínea *d*, permitiu aos estados federados legislar sobre as organizações públicas, objetivando-se ainda a possibilidade de conciliação extrajudicial dos litígios ou mesmo decisão arbitral.¹³

Posteriormente, as Constituições que se seguiram – 1946, 1967 e EC de 1969 – não fizeram referência à arbitragem, o que não foi impedimento para que o Código de Processo Civil Brasileiro, instituído pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, ratificasse o juízo arbitral, que veio regulamentado no Livro IV (Dos procedimentos especiais), Título I (Dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa), Capítulo XIV (Do juízo arbitral), atualmente revogado.

Ao contrário de Constituições anteriores, a Constituição Federal de 1988 veio ratificar, explicitamente, a arbitragem, ao fazer referência expressa à mesma nos §§ 1º e

¹³ “Art 18 – Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:

(...)

d) organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral;(...)”.

2º do art. 114, possibilitando o exercício da via arbitral no que se refere aos dissídios coletivos do trabalho.¹⁴

O panorama do juízo arbitral, no entanto, verdadeiramente tomou outro realce com o início dos estudos em torno do Anteprojeto de Lei objetivando a institucionalização da Arbitragem como meio propício e efetivo de solucionar conflitos, por meio de julgamento especializado e célere no âmbito do sistema jurídico pátrio, com atributos próprios, inclusive desvencilhando-se de qualquer necessidade homologatória perante o Poder Judiciário, do laudo arbitral expedido pelo juízo arbitral (hoje, denominado sentença arbitral pela própria lei).

Isto veio a lume quando, ao final de 1991, o Instituto Liberal de Pernambuco, através do que se denominou “Operação *Arbiter*”, juntamente com representantes de entidades de classe e juristas, avançou na discussão em torno da elaboração de um projeto de lei que possibilitasse a utilização da via arbitral de maneira mais efetiva, conforme já apontado em linhas anteriores. E mais, que guardasse respeito com os princípios constitucionais respaldados pela Carta Maior, tais como o da liberdade e igualdade no acesso à justiça.¹⁵

¹⁴ Vale ressaltar neste íterim que “O Tribunal Superior do Trabalho (TST), por sua Quarta Turma, julgou recurso, em Agravo de Instrumento, no qual o objeto principal da discussão refere-se à aplicabilidade da Lei da Arbitragem nos dissídios individuais da Justiça do Trabalho e sua constitucionalidade (TST. AIRR.22761/2002-900-02-00.5. DJ 20.04.2007).

Nesta feita, o reclamante pretendia demonstrar a inaplicabilidade da Lei nº 9.306/97, sustentando que sua aplicação, no âmbito da Justiça do Trabalho, é inconstitucional, indicando violação do disposto nos artigos 7º, XXIX, a, e 5º, XXXV, da Constituição Federal, e que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas não é compatível com o instituto da arbitragem.

ACORDARAM os Ministros, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, por não haver, no caso em tela, nenhum óbice à aplicabilidade da Lei nº 9.307/96, e que os fatos e provas trazidos aos autos, não apresentaram nenhuma incompatibilidade com os princípios do Processo do Trabalho, e que nesse contexto, o prazo para o reclamante requerer a decretação de nulidade da sentença arbitral não pode ser o previsto no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal, mas sim aquele previsto no artigo 33, § 1º, da Lei de Arbitragem, ou seja, no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento”.

Disponível em http://www.arbitrare.com.br/noticia_inteira.php?cod=18, acesso em 28.10.2015.

Mais recentemente, o TST, na mesma toada decidiu ser cabível o instituto da Arbitragem aos dissídios individuais do Trabalho, como se transcreve na ementa do AIRR n.1475/2000-193-05-00, publicado no DJ 17.10.2008, tendo como Relator o Min. Pedro Paulo Manus:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. JUÍZO ARBITRAL. COISA JULGADA. LEI Nº 9.307/96. CONSTITUCIONALIDADE. O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal dispõe sobre a garantia constitucional da universalidade da jurisdição, a qual, por definir que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, não se incompatibiliza com o compromisso arbitral e os efeitos de coisa julgada de que trata a Lei nº 9.307/96. É que a arbitragem se caracteriza como forma alternativa de prevenção ou solução de conflitos à qual as partes aderem, por força de suas próprias vontades, e o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário. Dessa forma, as partes, ao adotarem a arbitragem, tão-só por isso, não praticam ato de lesão ou ameaça à direito. Assim, reconhecido pela Corte Regional que a sentença arbitral foi proferida nos termos da lei e que não há vício na decisão proferida pelo juízo arbitral, não se há de falar em afronta ao mencionado dispositivo constitucional ou em inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96. Despicienda a discussão em torno dos arts. 940 do Código Civil e 477 da CLT ou de que o termo de arbitragem não é válido por falta de juntada de documentos, haja vista que reconhecido pelo Tribunal Regional que a sentença arbitral observou os termos da Lei nº 9.307/96 – a qual não exige a observação daqueles dispositivos legais e não tratou da necessidade de apresentação de documentos (aplicação das Súmulas nºs 126 e 422 do TST). Os arestos apresentados para confronto de teses são inservíveis, a teor da alínea a do artigo 896 da CLT e da Súmula nº 296 desta Corte. Agravo de instrumento a que se nega provimento.”

¹⁵ Cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.27-28.

Em 1992, foi apresentado e discutido o anteprojeto de arbitragem brasileira no Seminário Nacional sobre Arbitragem Comercial, sendo aquele entregue ao então Senador da República, Marco Maciel, que apresentou o mesmo no Congresso Nacional, para a análise e votação, fazendo assim a defesa do que seria o Projeto de Lei n. 78.

Uma vez aprovado, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei de Arbitragem – Lei n. 9.307/96 – esta publicada no Diário Oficial da União em 24 de setembro de 1996, com entrada em vigor sessenta dias após tal publicação.

Há de se realçar que a presente lei tratou não somente de substituir o ineficiente modelo de “juízo arbitral”, até então previsto em nossa legislação (arts. 1072 a 1.102 do Ordenamento Processual Civil), como também concedeu tratamento qualitativo dentro de padrões atuais a questões como, p. ex., a convenção de arbitragem e o prestígio à manifestação da vontade, logicamente, respeitando os bons costumes e a ordem pública (art. 2º, § 1º), adaptação aos textos legais conexos (arts. 41 e 42), publicidade do acesso ao Poder Judiciário para os eventualmente prejudicados por vícios decorrentes da sentença arbitral (art. 33), eficácia dos tratados internacionais na matéria em questão (art. 34), avançando, inclusive, em tema relativo à postura ética dos árbitros, equiparando-os no exercício de suas funções judicantes e, mesmo em razão delas, a um servidor público, para efeitos de legislação penal, *ex vi* do art. 17.

Por fim, ainda neste item, vale pontuar que o instituto da Arbitragem no sistema pátrio, foi objeto de Projeto de Lei n. 7108/14, cujo projeto original foi elaborado por uma comissão de juristas, presidida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Luis Felipe Salomão e que desembocou na aprovação da Lei n.13.129, de 26 de maio de 2015, esta que procura consolidar algumas das práticas já reconhecidas pelos tribunais brasileiros bem como questões outras de conteúdo polemizado, como *v.g.*, as regras para aplicabilidade da Arbitragem nos contratos da Administração Pública.

Em síntese apertada, o texto da novel Lei retro referida amplia o âmbito de aplicação da arbitragem e dispõe sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Cabe ressaltar que, várias destas questões já eram enfrentadas pela doutrina e jurisprudência.

Por outro lado, vale frisar que o Instituto da Arbitragem recebeu atenção da Lei 13. 105 de 16 de março de 2015 – o Novo Código de Processo Civil pátrio - com dispositivos reguladores de sua prática, sobretudo, diante de eventuais necessidades de participação do órgão judicante estatal.

Dentre tais disposições, destaca-se:

a) A extensão da denominada “Execução Itinerante” à prática na “Sentença Arbitral”, conforme ditada pelo art. 516, parágrafo único.

b) A regulação da denominada Carta Arbitral (art.237, IV).

Conforme expressa o inciso IV do art. 237, será expedida a carta:

IV – arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.

Com relação aos possíveis atos constantes de realização por carta arbitral, em rol não exaustivo, esclarece o §2º do art. 69, alguns deles:

§2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para:

I - a prática de citação, intimação ou notificação de ato;

II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos;

III - a efetivação de tutela provisória;

IV - a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas;

V - a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial;

VI - a centralização de processos repetitivos;

VII - a execução de decisão jurisdicional.

c) Preservação da “confidenciabilidade” da Arbitragem quando houver necessário apoio ao exercício de atos por parte do Poder Judiciário (Cooperação entre árbitros e juízes), conforme expressa o CPC, mais especificamente no art.188, IV e com a seguinte redação:

Art. 189. Os atos processuais são públicos. Tramitam, todavia, em segredo de justiça os processos:

(...)

IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Quanto a utilização da Arbitragem pela Administração Pública, o instituto sempre se cercou de certa polêmica em razão da natureza jurídica dos direitos submetidos à Administração Pública. Não obstante tal questão, fato é que diversos normativos específicos admitem a participação da Administração Pública em arbitragens: Lei nº 5.662/71, art. 5º (BNDES); Decreto lei nº 1.312/74, art. 11 (empréstimos); Lei nº 8.693/93, art.1º, § 8º(transporte ferroviário); Lei nº8.987/95, art. 23-A (concessões – artigo este acrescido pela Lei nº 11.196/05); Lei nº9.472/97, art. 93, XV (telecomunicações); Lei nº 9.478/97, art. 43, X (petróleo); Lei nº10.848/04, art. 4º, § 6º (Comercialização de Energia Elétrica); Lei nº11.079/04, art. 11 (Parcerias Público-Privada).

Castro,¹⁶ citando Tibúrcio,¹⁷ demonstra esta divergência doutrinária ao apresentar três correntes diferentes sobre a matéria. A primeira, defendida por Adilson

¹⁶ CASTRO, A. R. Fundamentos constitucionais da arbitragem no setor público. Monografia apresentada à Universidade Gama Filho em Brasília/DF. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/pls/portal/docs/2054322.PDF>. Acesso em 30 de dezembro de 2013.

de Abreu Dallari, sustenta que a arbitragem seria legítima em qualquer contrato administrativo uma vez que o art. 54 da Lei nº 8666/93 prevê a aplicação subsidiária aos contratos administrativos dos princípios da teoria geral dos contratos. A segunda, sustentada por Caio Tácito, diz que a existência de leis que autorizam a Administração a submeter-se à arbitragem em determinadas situações autorizaria de forma generalizada a adoção da arbitragem em qualquer circunstância. A terceira sustenta o argumento de que a arbitragem estaria apenas autorizada de forma genérica para as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica, as quais, por força do art. 173, § 1º, da Constituição Federal de 1988, estão sujeitas ao regime jurídico de direito privado.

Fato é que, verdadeiramente, Arbitragem não se situa como conteúdo de Direito Administrativo, mas de Direito Civil e mesmo de Direito Processual Civil, conforme assentou o Supremo Tribunal Federal no AI 52.181, RTJ 68/382.

Entende-se, nesta toada, ser a questão da aplicação da Arbitragem em sede de conflitos envolvendo a Administração Pública, quer Direta como Indireta. de ordem objetivamente clara e permissiva, cabendo tão somente a própria Administração firmar respectiva cláusula compromissória para fins de valer o seu uso.

Assim é que nos Contratos de Concessão de Obras e Serviços Públicos e nas Parcerias Público-Privadas (PPPs), tudo que diga respeito a direito patrimonial disponível, isto é, tudo que tenha reflexo econômico pode ser dirimido por arbitragem. Não está em discussão ato administrativo, mas cláusulas contratuais que regulam a equação econômico-financeira do contrato.¹⁸

Por tudo, independe de qualquer condição, senão da qualidade do direito em questão (sua disponibilidade), bem como da autoridade que terá competência para tanto no âmbito da própria Administração, cabendo levar em consideração a natureza do contrato a ser firmado, avaliando se abrigará ali o instituto da arbitragem como método de solução de conflitos oriundos daquele contrato, ou não.

Assim, sendo a Arbitragem instrumento hábil para a solução de uma contenda e tendo a Administração Pública optado por ele, firmando daí cláusula compromissória ou compromisso arbitral – atos voluntários – importante se fará atentar para a vedação do *venire contra factum proprium*, devendo ser respeitadas como de forma definitiva e irretratável.¹⁹

Em verdade, insta afirmar que a principal justificativa em se optar pela arbitragem nos contratos privados e públicos é fundamentalmente de ordem econômica. Aliás, A arbitragem, instrumento jurídico, é também ferramenta econômica.

Estudos demonstram que esta cláusula gera economia nos custos de transação, isto é, se o contratante privado tiver conhecimento que a Administração Pública optará

¹⁷TIBÚCIO, C. Arbitragem e administração pública. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/blog/noticias/valor-economico-arbitragem-e-administracao-publica>. Acesso em 30 de dezembro de 2013.

¹⁸ LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na Administração Pública não precisa de regra posterior. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-05/arbitragem-administracao-publica-nao-regra-posterior>. Acesso em 30.06.2016.

¹⁹ No mesmo sentido, PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e os novos desafios. In: PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coords.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.11.

pela solução de conflitos por arbitragem, o preço do serviço ou fornecimento de bem objeto do contrato será menor. Poderá gerar uma economia de até 58% nos custos do processo, se optar pela arbitragem em vez de demanda judicial.²⁰

5. LEI 13.129 E OS NOVOS PARADIGMAS DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A edição da Lei 13.129, de 26 de maio de 2015 veio a alterar vários dos dispositivos das Leis n. 9.307/1996 (LA) e n. 6.404/1976, pondo termo a específicas questões que, em tese, atentavam contra a aplicação da arbitragem em sede de conflitos onde se encontrava presente a Administração Pública.

Digitada lei, portanto, amplia os espectros da LA, ao prever a aplicação da arbitragem no âmbito da administração pública direta e indireta, facultando a possibilidade do uso de dito instrumento de pacificação social para fins de dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis²¹, ex vi do §1º do art.1º da LA.

Pois bem. Foi mais além a Lei n.13.129/15 ao promover modificações na LA, pode estabelecer agora, por meio do §2º do art. 1º, a autoridade competente para convencionar a Convenção de Arbitragem, nos seguintes termos:

“§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.”

Nota-se, portanto, que necessidade de vinculação da competência da autoridade administrativa para a validade da supracitada convenção, estabelecendo, conforme já dito em linhas atrás, requisito essencial para a correta instrumentalização de eventual arbitragem em sede de contrato administrativo.

Ainda avançando um pouco mais, acrescentado à LA foi o §3º ao art. 2º, onde reza que a arbitragem à qual envolva a administração pública será sempre de direito e, inegavelmente, respeitará o princípio da publicidade.

É que a própria LA reza em seu art. §2º, *caput* o seguinte:

“Art. 2º – A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.”

Assim, sendo a arbitragem por equidade a opção desejada pelas partes como critério para a solução exitosa da demanda, o árbitro poderá distanciar-se das normas legais quando da apreciação do conflito, dado que nesta modalidade o julgamento orientar-se-á pela compreensão do que seja mais justo à luz do juiz arbitral, logicamente, observando ele determinados princípios sociais e morais em tudo análogos àqueles que inspiram o legislador quando da elaboração da norma legal.²²

²⁰ Ibidem.

²¹ Sobre a extensão do significado dos ditos “direitos patrimoniais disponíveis”, confira o item I do presente trabalho.

²²No mesmo sentido, ver ALVIM, J. E. Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem Interno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 197.

De outro modo, em se tratando da arbitragem de direito, esta representada pela opção à qual os árbitros se orientam pela aplicação das normas jurídicas positivadas, faculta às partes escolher quais leis serão consideradas para o enfrentamento da questão conflitante, ficando limitados tão somente pela manutenção da ordem pública e dos bons costumes (art. 2º, §1º da LA). Sob esta modalidade, pode-se ainda convencionar que a arbitragem seja norteadas pelos princípios gerais de Direito, nos usos e costumes locais, ou ainda em regras internacionais de comércio (art. 2º, § 2º da LA).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a edição da Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, tem início um novo estágio na resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública, onde se permite legislativamente e de forma, agora abrangente, o que já vinha sendo colocado de forma pontual e esparsa por legislações específicas, além de debatido e defendido por diferentes correntes doutrinárias.

Outrossim, a autoridade ou o órgão da administração pública ao realizar algum acordo ou transação está autorizada a celebrar a convenção de arbitragem, caso o conflito envolva direitos patrimoniais disponíveis ou transacionáveis. A arbitragem ganha corpo como meio de resolução de conflitos envolvendo a administração pública.

Todavia, não é despidendo comentar que a aplicação da arbitragem deverá levar em conta os princípios da Administração Pública, em especial, aqueles que tratam da coisa pública como o da indisponibilidade do interesse público, da publicidade, entre outros. Além disso, o âmbito da arbitragem na administração pública será sempre de direito.

A Lei 13.129/2015 se alinha a tendência principiada com a proposta de reforma do aparelho do Estado, buscando paramentar o Estado com instrumentos que possibilitem alcançar a eficiência que propôs como princípio constitucional trazido pela EC 19/98.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem Interno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista Brasileira de Direito Público*. Ano 6. n. 23. Out/dez. 2008, p. 145-186.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem. Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Vol. I. trad. e notas de Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

CASTRO, A. R. Fundamentos constitucionais da arbitragem no setor público. Monografia apresentada à Universidade Gama Filho em Brasília/DF. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054322.PDF>. Acesso em 30 de dezembro de 2013.

CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CLAY, Thomas. *L'Arbitre*. Paris: Dalloz, 2001.

COSTA, F. L. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, v. 42, n. 5, 2008, p. 829-874.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 7 ed. Padova: CEDAM, 1994

GAIO JÚNIOR. Antônio Pereira. *O Consumidor e Sua Proteção na União Europeia e Mercosul - Pesquisa Conjuntural como Contribuição à Política Desenvolvimentista de Proteção Consumerista nos Blocos*. Lisboa: Juruá Editorial, 2014.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Teoria da Arbitragem*. São Paulo: Rideel, 2012.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MACHADO GOMES, J. M.. *Compêndio de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

LA CHINA, Sérgio. *L'Arbitrato: Il Sistema e l'esperienza*. Milano: Giuffrè, 1999

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na Administração Pública não precisa de regra posterior. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-05/arbitragem-administracao-publica-nao-regra-posterior>. Acesso em 30.06.2016.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 10 ed. São Paulo: RT, 2007.

NOHARA, I. P. *Direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PACHECO, R. S. Instituições, bom estado e reforma da gestão pública. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, setembro/outubro/novembro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 15 de maio de 2013.

PACHECO, R. S. O modelo estrutural de gerência pública. In: *Revista de Administração Pública*, v. 42, n. 2, 2008, p. 391-410.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e os novos desafios. In: PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coords.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.11.

PINO, J. A. G. de. Reforma do aparelho do estado: limites do gerencialismo frente ao patrimonialismo. *Revista O&S*, v.5, n. 12, 1998, p. 59-79.

REQUIÃO, R. *Curso de direito comercial*, v. 1, 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TIBÚCIO, C. *Arbitragem e administração pública*. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/blog/noticias/valor-economico-arbitragem-e-administracao-publica>. Acesso em 30 de dezembro de 2013.

WALD, Arnold. Brasil lidera uso de arbitragem na América Latina. *In: Revista Consultor Jurídico*. disponível em: <http://www.consultorjuridico.com.br> . Acesso em 26 de novembro de 2015.