

ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Bernardo Silva de Seixas¹
Roberta Kelly Silva Souza²

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de realizar comentários sobre a possibilidade ou não de aplicação da Arbitragem aos litígios envolvendo os contratos administrativos. Inicialmente, cita-se que o poder constituinte originário determinou ao Estado brasileiro a concretização de objetivos fundamentais, elencados no art. 3^a da Constituição da República Federativa do Brasil. Para conferir efetividade aos mandamentos do poder constituinte originário a Administração Pública utiliza-se dos serviços públicos para conceder melhor qualidade de vida aos seus administrados. Neste ínterim, a legislação infraconstitucional criou diversas formas de prestação de serviço público, tais como a concessão, permissão e a parceria público privada, sendo que nesta última modalidade previu a possibilidade de utilização de meios alternativos de resolução de controvérsias para resolver litígios entre o poder público e o parceiro fazendo menção expressa à arbitragem. Desta forma, este estudo visa posicionar-se sobre a possibilidade ou não de aplicação da arbitragem aos litígios envolvendo os contratos administrativos, haja vista que a doutrina não é unânime sobre a constitucionalidade deste dispositivo.

Palavras-chave: Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias. Contratos Administrativos. Arbitragem. Lei de Parceria Público-Privada. Interesse Público Primário e Secundário.

¹ Mestrando em Sistema de Garantias de Direitos Fundamentais pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Advogado em Manaus/AM.

² Mestranda em Sistema de Garantias de Direitos Fundamentais pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Especialista em Direito Processual e Direito Público pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Bacharel em Direito pela Universidade Nilton Lins. Advogada em Manaus/AM.

ABSTRACT

The following study serves to include comments about whether or not the disputes about the arbitrary application involve administrative contracts. Initially, it is mentioned that the originating constituent power which was determined by Brazilian state, achieved fundamental aims listed on the Article 3rd from the Brazilian Federal Constitution. To give effectiveness on the originating commandments from constituent power, the Public Administration usage of public services to provide better quality of life for the citizens. In the meantime, the infraconstitutional legislation had created several ways of providing the public with services such as granting, permission and law of public-private partnership. However, in this last modality it was noted the possibility of utilizing alternative ways of dispute resolution to resolve litigation between the Power Public and partner by explicating reference to arbitration. Therefore, this study aims to position itself over the possibility or not of the arbitrary application on the dispute involving administrative contracts. Considering that the doctrine is not unanimous on the constitutionality of this device.

Keywords: *Alternative ways of dispute resolution to resolve litigation; Administrative Contracts; Law of Public-private Partnership; Primary and Secondary Public Interest*

ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

INTRODUÇÃO

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios, nos termos do art. 1º, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88). O constituinte originário, no art. 3º, CF/88, elenca como objetivos desta república a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem para todas as pessoas, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Visando alcançar esses objetivos a Constituição Federal prevê diversos direitos fundamentais de segunda geração de seu texto permanente, principalmente em seu art. 7º, traçou regras básicas para a atuação do setor privado na economia, art. 170, bem como determinou ao Poder Público que preste serviço público à população, art. 175.

Percebe-se, portanto, que o Estado Brasileiro deve intervir nas relações sociais existentes em seu território para alcançar os fins pretendidos pelo Poder Constituinte Originário, haja vista ser esse o único modo de ser alcançada a finalidade para qual o Estado brasileiro foi criado, ou seja, através de prestação de serviços públicos, tais como o Sistema Único de Saúde e da Assistência Social, fundamentadas no princípio da universalidade, poderíamos chegar ao bem estar social de toda a população.

Todavia, esta atuação estatal deverá encontrar-se pautada pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme previsto no art. 37, *caput*, CF/88 e ser efetivada através de prestação de serviços públicos, que podem ser exercidos diretamente pelo Poder Público ou sob o regime de concessão e permissão, dentro dos limites estabelecidos pela legislação infraconstitucional.

Esse trabalho irá se aprofundar o estudo, principalmente, sobre possibilidade de utilização da arbitragem nos litígios envolvendo contratos administrativos, além de fazer breves comentários sobre os serviços públicos, as formas de prestação de serviço público e aos institutos da parceria público-privada.

1 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO E AS MODALIDADES DE SUA PRESTAÇÃO

A doutrina, ao conceituar o que seria o serviço público, não é uníssona sobre quais são os requisitos necessários para definir o que seria serviço público ou não. Nas lições de Bandeira de Mello (2008, p. 104) 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 às vezes[...].

Ultrapassada a questão sobre o conceito de serviço público, deve-se mencionar que essa atuação estatal pode ser realizada de duas formas, quais sejam, diretamente pelo Estado ou com auxílio de particulares, que através de procedimentos de concessões ou permissões podem prestar serviço estatais.

Para Carvalho Filho (2012, p. 258) concessão “É o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários”.

Para Di Pietro (2012, p. 369) a permissão de serviço público “[...] é considerada como ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome mediante tarifa paga pelo usuário”.

É neste diapasão que no ordenamento jurídico brasileiro encontramos leis que concedem ao particular o direito de executar determinados serviços públicos mediante a assinatura de contratos administrativos e que criam outras modalidades de parceria entre o poder público e a iniciativa privada, tais como a parceria público-privada.

Por fim, convém mencionar que a escolha dentre as modalidades de prestação de serviço público compete ao administrador público, observando os requisitos previstos em lei para cada tipo de modalidade.

2 O CONTRATO ADMINISTRATIVO E AS MODALIDADES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Os contratos administrativos são conceituados por Bandeira de Mello (2012, p. 240) como:

ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

[...] um tipo de avença travada 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 variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

Verifica-se, portanto, que os contratos administrativos não são idênticos aos contratos firmados entre particulares, tendo em vista que a Administração Pública tem por finalidade precípua defender os interesses de seus administrados.

Questões necessárias para a melhor compreensão do contrato administrativo é a distinção deste com os contratos firmados entre particulares.

Dentre várias formas de diferenciar um contrato público de um privado, cita-se a presença de cláusulas exorbitantes nos contratos públicos, a existência de princípios contratuais próprios para os contratos públicos, como os princípios da modicidade da tarifa e do equilíbrio econômico financeiro e, principalmente, pela derrogação de normas do direito privado pelas normas de direito público.

Desta forma, o Estado brasileiro detém inúmeros meios de prestar o serviço público para a população, devendo o administrador escolher, entre os meios existentes e segundo sua discricionariedade e conveniência, sempre observando os requisitos legais previsto para cada tipo de modalidade de serviço público, quais aqueles que serão mais efetivos para prestação do serviço público.

3 A PARCERIA PÚBLICO PRIVADA E A ARBITRAGEM. UMA PREVISÃO LEGAL

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de Junho de 1998, o Estado brasileiro visou implementar no território nacional uma organização gerencial na Administração Pública brasileira, visando desburocratizar a máquina administrativa e conceder mais eficiência na prestação dos serviços públicos aos administrados.

Neste cenário de desburocratização estatal e observância do princípio da eficiência foi criada a Lei de Parceria Público Privada. Na doutrina de Di Pietro (2012, p. 359) parceria público-privada:

É o contrato administrativo de concessão que tem por objetivo a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público ou a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem

execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

O art. 2º da Lei nº 11.079/04 determina que a parceria público-privada é contrato administrativo de concessão. Sendo assim a parceria público-privada é uma modalidade de contrato administrativo.

O aspecto relevante para estudo que se deve mencionar sobre a Lei 11.079/04 é a possibilidade de utilização da arbitragem (art. 11, III) nesta modalidade de contrato administrativo quando houver a ocorrência de algum litígio entre as partes contratantes.

A arbitragem é conceituada por Luiz Antonio Scavone Junior (2008, 23 p.) como “[...] meio privado de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis [...]”.

Partindo desta premissa verifica-se que a competência material do tribunal arbitral é para julgar demandas que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. Tal determinação se encontra prevista no art.1º da Lei nº 9.307/96.

Direitos patrimoniais disponíveis são aqueles de valor econômico que seus titulares podem dispor ou não, a seu bel-prazer.

Destarte, percebe-se que a possibilidade de utilização de meios alternativos de resolução de controvérsias, principalmente a utilização da arbitragem, não é uma criação da doutrina ou um entendimento da jurisprudência, mas sim uma previsão legal prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, este dispositivo legal se encontra sobre fortes críticas da doutrina especializada, haja vista que determina, de forma genérica e ampla, a possibilidade de utilização da arbitragem nos possíveis litígios entre poder público e parceiro, não especificando quais as hipóteses possíveis de aplicação da arbitragem, sempre recordando que o contrato administrativo de uma parceria público-privada é complexo, contemplando inúmeras cláusulas legais, contratuais e financeiras que veiculam interesses diferentes para a Administração Pública.

4 QUANDO É POSSÍVEL A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE PARceria PÚBLICO-PRIVADA

ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Considerando a autorização legal para utilização da cláusula arbitral nos contratos administrativos deve-se estudar a possibilidade de disponibilização de direitos por parte da Administração Pública.

Inicialmente, deve-se suscitar o princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública.

Segundo Bandeira de Mello (2012, p. 68) o princípio da indisponibilidade do interesse público:

[...] significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

Neste sentido também é o art. 2º da Lei nº 9.784/99 que prevê a vedação de renúncia total ou parcial de poderes ou competências pelo administrador, salvo quando houver autorização em lei.

No entanto, como preconiza o art. 1º da Lei nº 9.307/96 a competência do compromisso arbitral restringe-se a direitos patrimoniais disponíveis. Portanto, há uma antinomia entre a norma supramencionada e o art. 11, III da Lei nº 11.079/04, já que *a priori* a Administração Pública não pode dispor dos direitos dos administrados.

Sob a perspectiva do Direito Administrativo, a Administração Pública é protetora dos interesses de seus administrados. Neste íterim, a doutrina divide esse interesse em primário e secundário.

O interesse primário da Administração Pública diz respeito ao interesse da sociedade como um todo, ou seja, da coletividade e sendo a Administração Pública uma mera gestora desses interesses este seria um direito indisponível. O interesse público secundário diz respeito ao da Administração Pública como pessoa com personalidade jurídica no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, é aquele interesse que se encontra fundado nas relações jurídicas decorrentes das atividades que a Administração Pública presta aos administrados.

Partindo desta divisão de interesses da Administração Pública defende-se a tese de pela impossibilidade de utilização da arbitragem quando presente interesse primário da Administração. Por sua vez, quando houver a predominância do interesse secundário da Administração Pública é plenamente possível a utilização da arbitragem.

Sobre a impossibilidade de utilização da arbitragem sobre litígios em que há preponderância do interesse primário entende-se desta maneira haja vista que a Administração Pública não tem o arbítrio de um indivíduo comum, este pode disponibilizar direitos para satisfazer sua pretensão, no entanto a Administração Pública não pode dispor dos interesses e direitos de seus administrados. É por tal fundamento que o contrato administrativo difere do contrato privado, tal como explanado no conceito de contratos administrativos de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Este entendimento é originalmente doutrinário, onde, entende-se que os contratos administrativos, quaisquer de suas espécies, são regidos pelos princípios do Direito Administrativo, em especial o princípio administrativo da indisponibilidade do interesse público e o da Legalidade, portanto, nesta seara jurídica não há como se falar em disponibilidade de direitos pela Administração para se utilizar da arbitragem.

Por sua vez, quando presente, apenas, o interesse público secundário é possível a utilização do meio alternativo de solução de controvérsias denominado arbitragem. Este é o entendimento da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiro, pois há julgados no Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2008) que possibilita a aplicação do compromisso arbitral por sociedade de economia mista, órgão da Administração Indireta.

Administrativo. Mandado De Segurança. Permissão De Área Portuária. Celebração De Cláusula Compromissória. Juízo Arbitral. Sociedade De Economia Mista. Possibilidade. Atentado.

No julgamento supramencionado o acórdão teve como argumento fundamentador que a Sociedade de Economia Mista representa interesses secundários da Administração Pública, portanto, não haveria, necessariamente, direitos indisponíveis, sendo possível a utilização do compromisso arbitral.

Neste diapasão verifica-se que não há consenso nem na doutrina, nem na jurisprudência sobre a possibilidade de utilização ou não do instituto arbitral nos contratos administrativos.

Os defensores da aplicação do procedimento arbitral manifestam sua possibilidade de utilização em determinados aspectos atinentes à avença administrativa, sendo o principal deles o caso de revisão contratual.

A revisão contratual é utilizada para preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Toshio Mukai (2008, p. 53) leciona que: “[...] o contrato administrativo é composto por dois tipos de cláusulas: as de serviços e as econômicas financeiras”. Continua o ilustre doutrinador lecionando que o objeto das cláusulas econômicas financeiras “[...] se referem aos encargos da Administração, de ordem financeira e são inalteráveis, em regra, a não ser por acordo das partes”.

É neste contexto que Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado (2007, p. 95) opinam que “Nesses procedimentos de revisão contratual, sob o manto da necessidade de preservação do equilíbrio socioeconômico do contrato, a Administração negocia com o concessionário e dispõe sobre os meios e formas para reequilibrar o contrato”.

Neste contexto, as cláusulas econômicas são aquelas em que Administração negocia os respectivos valores e encargos, portanto, a Administração dispõe de determinados direitos em virtude das condições econômicas previstas nos contratos e do princípio da continuidade da prestação do serviço público, assim não estaria atuando como gestoras dos interesses da coletividade, mais sim atuando no interesse da própria Administração Pública.

Destarte, defendem os autores supramencionados que se pode aplicar a Arbitragem aos contratos firmados com a Administração Pública, tendo em vista que a morosidade do Judiciário acarretaria danos financeiros e operacionais ao contratante, à Administração Pública e aos administrados. Tal hipótese, também, encontra-se fundamentada no princípio da continuidade do serviço público, ou seja, para que não haja prejuízo nos serviços prestados, a Administração recorrerá ao Tribunal Arbitral para reequilibrar os critérios econômico-financeiros de forma mais célere.

5 AS VANTAGENS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM UTILIZAR A ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Existem diversos métodos de resolução de controvérsias aplicados nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Em nosso ordenamento jurídico se aceita a utilização da jurisdição, da arbitragem, da conciliação e autocomposição.

A arbitragem é meio alternativo de solução de controvérsias classificado como heterocomposição, haja vista que um terceiro visa pôr fim ao litígio entre as partes. Esse terceiro é denominado de árbitro, pessoa com alto grau de especialidade sobre

a matéria da demanda, que apreciara a demanda, requisitará a produção de provas e, ao final, irá proferir uma sentença com força de título executivo judicial. Este procedimento arbitral encontra-se regulamentado na Lei nº 9.307/96.

Os estudiosos da arbitragem elencam diversas vantagens na aplicação do procedimento arbitral, dentre elas a celeridade, a irrecorribilidade das decisões arbitrais, a força de título executivo judicial da arbitragem e a especialidade dos árbitros.

Nas contendas existentes entre os parceiros e a Administração Pública no contrato de Parceria Público-Privada a arbitragem pode resolver as questões de forma mais célere, tal fato se reverteria em benefício para população que não teria interrupção de serviços essenciais, bem como causaria menos custo ao erário, haja vista o custo econômico-financeiro menor do processo arbitral frente ao custo do processo jurisdicional.

Neste contexto, convém mencionar a lição de Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado (2007, p. 54):

A utilização da arbitragem para solução de conflitos decorrentes de contratos administrativos tem sido apontada como um meio de conferir agilidade, permitir que especialistas indicados pelas partes possam decidir as questões emergentes dos contratos, aumentar a segurança jurídica e, portanto, reduzir o preço cobrado pelo parceiro privado, ao final, do Poder Público e do usuário para a prestação do serviço.

Assim, os argumentos apontados para a utilização da arbitragem nos contratos administrativos seriam a especialidade dos árbitros que teria maior competência para resolver as questões específicas dos contratos administrativos, a celeridade na resolução dos conflitos e o custo/benefício do procedimento arbitral em detrimento do processo judicial.

6 A INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Em que pese a possibilidade de utilização da arbitragem nos contratos administrativos, desde que os litígios versem sobre o interesse secundário da Administração Pública, há quem defenda a total inconstitucionalidade do art. 11 da Lei nº 11.709/04.

ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A doutrina clássica do Direito Administrativo, tendo por expoente Celso Antônio Bandeira de Mello, considera o inciso III, art. 11 da Lei 11.709/04 inconstitucional. Este mesmo doutrinador, em sua obra já citada, elenca diversas inconstitucionalidades contidas no texto da Lei das PPP's (Parcerias Público Privada).

No entanto, como o escopo deste artigo é a possibilidade ou não da aplicação da arbitragem nos contratos administrativos, menciona-se Bandeira de Melo (2008, p. 295)

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem bens disponíveis, mas indisponíveis, *extra commercium*. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto [...], é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares. Envolve interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo; e, bem por isto, quando suscitar algum quadro conflitivo entre as partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, dessarte, com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.

O argumento da inconstitucionalidade do dispositivo da Lei de Parceria Público-Privada, em que pese não ter havido posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não merece prosperar, haja vista que na arbitragem, segundo os ditames da Lei nº 9.307/96 e do posicionamento majoritário da doutrina, não impede a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário, mas sim cria uma segunda alternativa para apreciação de demandas que versem sobre direito patrimonial disponível. Além mais, caso haja ilegalidade no procedimento arbitral, principalmente no tocante à escolha dos árbitros ou à inobservância do procedimento previsto na lei de arbitragem, pode-se recorrer ao Poder Judiciário para salvaguardar os seus interesses.

Em que pese existir inúmeras posições contrárias à utilização da arbitragem em sede de contratos administrativos, inclusive com argumentos que apontam para a inconstitucionalidade deste meio de resolução de controvérsias nos contratos em que um dos polos é ocupado pela Administração Pública, o projeto de Lei n. 406/2013 passa a instituir a possibilidade de utilização da arbitragem para todos os contratos firmados pela Administração Pública.

7 O PROJETO DE LEI Nº 406/2013

Ao art. 1º da Lei nº 9.307/96 serão inclusos dois parágrafos que permitem expressamente a utilização de arbitragem em todos os contratos administrativos para resolver questões decorrentes de direitos patrimoniais. Estende-se a possibilidade tanto para órgãos da Administração direta como indireta.

Outra alteração proposta será a inclusão de um parágrafo terceiro no art. 2º, Lei nº 9.307/96. Este dispositivo legal limita a utilização de modalidade de arbitragem nos contratos públicos somente para a modalidade de direito, impossibilitando que a Administração Pública resolva suas controvérsias com base na equidade. Ademais, informar que será necessário o respeito ao princípio constitucional da publicidade.

A exclusão da arbitragem na modalidade por equidade somente reflete o princípio constitucional da legalidade, onde somente é permitido à Administração Pública atuar conforme determina o ato normativo emanado do Poder Legislativo. Esta previsão contida no projeto de lei visa conceder maior segurança ao procedimento de resolução de controvérsias, tendo em vista que se fosse possível a utilização da equidade a decisão do árbitro estaria pautada em outros critérios que não o da legalidade, o que ocasionaria insegurança jurídica aos contratantes e principalmente para a Administração Pública.

A comissão que apresentou o anteprojeto de lei de alteração da lei de arbitragem, presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, acompanhado dos juristas, Marco Maciel, José Antônio Fichtner, Caio Cesar Rocha, José Rogério Cruz e Tucci, Marcelo Rossi Nobre, Francisco Antunes Maciel, Tatiana Lacerda Prazeres, Adriana Braghetta, Carlos Alberto Carmona, Eleonora Coelho, Pedro Paulo Guerra de Medeiros, Francisco Maia Neto e Silvia Rodrigues Pereira, justificam a necessidade de alteração da lei de arbitragem para prevê a aplicação aos contratos públicos pelos seguintes motivos:

Sempre com a devida cautela, trata da possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos decorrentes de contratos firmados por empresas com a Administração Pública, como forma de transmitir confiança ao investidor estrangeiro, notadamente quando se tem em mente grandes obras e eventos de nível mundial.

Verificando os argumentos utilizados para fundamentar a alteração legislativa que permite a inclusão dos contratos administrativos como objeto da arbitragem, suscitou-se o argumento de que é necessário transmitir confiança ao investidor

ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

estrangeiro. Este posicionamento da comissão pode ser observado sobre dois ângulos.

O primeiro é de que o Poder Judiciário não demonstra mais qualquer credibilidade para com o investidor estrangeiro, tendo em vista que se faz necessário a utilização de um órgão que se encontra afastado do Poder Judiciário para resolver os conflitos de interesse de forma célere, sendo assim, a comissão de juristas, formada por profissionais que atuam no próprio Poder Judiciário, reconhecem-se que a justiça brasileira é falha e que causa prejuízos para os litigantes.

O segundo argumento encontra-se fundado na necessidade de atrair capital estrangeiro para realização de obras de infraestrutura e realização de eventos de nível internacional. É cediço que o acesso ao Poder Judiciário no Brasil é extremamente caro, seja pelos altos valores pagos a título de custas, assim como pela morosidade processual que causa inúmeros prejuízos financeiros aos litigantes. Assim, possibilitar a utilização da arbitragem para resolver seus conflitos de interesse concederia maiores garantias aos interessados em investir no Brasil, esquecendo-se do interesse da Administração Pública, que em último nível, representa a vontade de toda uma coletividade.

Na realidade os argumentos que deveriam ter sido utilizados para fundamentar a inclusão da arbitragem como forma de resolução de controvérsias dos contratos administrativos tem a necessidade de desburocratização da máquina estatal brasileira para resolver os conflitos de interesses entre os litigantes, assim como conceder maior eficiência na prestação jurisdicional e não admitir, conforme comprovado de uma breve leitura da justificação do projeto de lei, que o Poder Judiciário brasileiro é, na verdade, um entrave para o desenvolvimento do país.

Todavia, não somente a possibilidade de utilização da arbitragem nos contratos administrativos são as novidades trazidas no bojo do Projeto de Lei nº 406/2013. Imperioso mencionar que este prevê a utilização da arbitragem nas relações de consumo regidas através de contrato de adesão, prevendo requisitos que devem ser observados pelo fornecedor para que a cláusula arbitral em contrato de adesão seja válida.

Assim sendo, caso as propostas da comissão que criou novos institutos para a Lei de Arbitragem sejam acatadas pelo Congresso Nacional brasileiro haverá uma ampliação das matérias possíveis de serem posta sob o crivo do procedimento arbitral, todavia, o Parlamento brasileiro, antes de modificar a legislação atual, deve verificar

a constitucionalidade dessas modificações com a Constituição Federal, sob pena de ver as modificações propostas serem julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste contexto de nebulosidade entre doutrinadores e juristas, forçoso é de se reconhecer que qualquer manifestação de possibilidade de aplicação da arbitragem às contendas referentes aos contratos administrativos será alvo de inúmeras críticas dos *administrativistas* clássicos.

Portanto, com a devida *vênia* que merece o entendimento daqueles que reconhecem a aplicação da Arbitragem como possível às contendas nos contratos administrativos, esta interpretação é incognoscível com os princípios administrativos implícitos na Constituição Federal e com os princípios norteadores da Administração Pública quando se encontrar presente o interesse público primário.

Quando os litígios versarem sobre o interesse público primário é certo o entendimento da doutrina clássica de que os serviços públicos encontram-se fora do comércio, *extra commercium*.

Outrossim, a Administração Pública exerce a função precípua de salvaguardar o interesse da coletividade, é neste aspecto que surge a supremacia do interesse Público em detrimento dos interesses privados.

Percebe-se, portanto, que a natureza jurídica da Administração Pública e os objetivos que a mesma tem que alcançar a impossibilitam de utilizar a Arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos, haja vista que lhe falta à autonomia da vontade, requisito imprescindível para preenchimento da competência material da Arbitragem prevista no art. 1º da Lei nº 9.307/96.

Todavia, quando a Administração Pública estiver atuando na defesa de seus próprios interesses, seja diretamente pelos órgãos que a compõem, seja pelos entes da Administração Indireta que prestem serviço público ou atuem em atividade econômica privada, pode-se utilizar a arbitragem como meio de solução de controvérsias, fato este previsto no Projeto de Lei nº 406/2013 do Senado Federal, haja vista as vantagens de escolha desta forma de solução de litígio, sem olvidar de que na seara dos serviços públicos há incidência do princípio da continuidade do

**ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

serviço público e a arbitragem, por ser um mais célere, diminui o risco de paralisação de algum serviço público essencial à coletividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: em 27 de Fevereiro de 2013.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Emenda Constitucional nº 19 de 04 de Junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em 27 de Fevereiro de 2013.

BRASIL. Lei 9.307 de 23 de Setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em 28 de Fevereiro de 2013.

BRASIL. Lei 9.784 de 29 de Janeiro de 1999. Lei do Processo Administrativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em 27 de Fevereiro de 2013.

BRASIL. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em 27 de Fevereiro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 11308. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Primeira Seção. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 19 de Maio de 2008. Disponível em: <http://www.santosarbitral.com.br/popup_jurisprudencia.asp?acao=abrir&tabela=nacional&nivel1=9&nivel2=2>. Acesso em 27 fev. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei 12.587 de 3-1-2012. – São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. – 25. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 56. – São Paulo: Malheiros, 2008.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Lucas Navarro e Ribeiro, Mauricio Portugal. **Comentários à Lei de PPP**. Parceria Público Privada : Fundamentos Econômicos-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.