

O Uso da Arbitragem pela Administração Pública: Uma Análise sob a Perspectiva dos Princípios Basilares do Direito Administrativo e do Princípio Constitucional da Eficiência

Isabel Cristina de Resende Salgado
Paulo Antônio de Carvalho
Iago Batista Gonçalves
Vinícius Batista Gonçalves
Nélida Reis Caseca Machado
Daiane Ferreira Arantes Beraldo

Resumo

O presente estudo tem como fito analisar o instituto da arbitragem, previsto pela Lei 9.307/96, alterada pela Lei 13.129/2015, e sua pertinência no âmbito da Administração Pública, tomando como enfoque os princípios basilares que norteiam o Direito Administrativo, e por consequência a Administração Pública, quais sejam, o princípio da indisponibilidade do interesse público e o da supremacia do interesse público sobre o privado, além de estabelecer uma correlação direta do instituto com o princípio constitucional da eficiência. A metodologia utilizada foi a da revisão bibliográfica, através da análise de livros, artigos e periódicos. Busca-se evidenciar no presente estudo a abrangência da expressão “direito patrimonial disponível” prevista no art. 1º, §1º da Lei de Arbitragem, na tentativa de estabelecer os casos em a arbitragem seria aplicável na seara da Administração Pública, além de demonstrar a importância de tal aplicabilidade do instituto, sob o prisma do princípio constitucional da eficiência.

Palavras-chave: Arbitragem; Administração Pública; Interesse Público; Eficiência.

1 Introdução

Tema recente e que traz à tona discussões relevantes no âmbito da Administração Pública é o que se refere a utilização do instituto da arbitragem pelo poder público como meio legítimo de resolução de conflitos. Se a discussão anterior se pautava na possibilidade ou não da aplicabilidade deste mecanismo jurídico, devido ao fato de a arbitragem estar prevista em apenas algumas legislações esparsas, como “é o caso do artigo 23-A da Lei 8.987/95, do artigo 11, III, Lei 11.079/04, além de normas contidas nas leis sobre telecomunicações, transportes aquaviários e terrestres, energia elétrica” (DI PIETRO, 2015), o debate agora já tomou outros rumos dentre os estudiosos.

Com o advento da Lei 13.129 de 2015, que veio a alterar a Lei 9.307 de 1996, não mais se discute a respeito da possibilidade ou não da arbitragem pela administração pública, vez que foi acrescentado o §1º, ao art. 1º da referida Lei, que passou a vigor com os seguintes termos:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Pela simples leitura do dispositivo acima transcrito, indubitável, portanto, que o legislador quis pôr fim ao dilema que permeava o instituto da arbitragem: a arbitragem é instituto legítimo não só em conflitos de cunho exclusivamente particular, mas também quando está a se falar de ente público.

Fazendo uma retomada dos novos rumos tomados pelas discussões que perfazem o instituto ora em comento, o grande embate jurídico e doutrinário que se coloca diante de tal situação é justamente sobre o seu alcance e abrangência. A arbitragem pode abarcar qualquer lide, bastando para tanto que a Administração Pública se faça presente no polo passivo ou ativo do contrato administrativo? A tão almejada eficiência teria o condão de legitimar o instituto em qualquer hipótese? Haveria algum conflito existente entre a arbitragem e os demais princípios norteadores da atividade pública?

O presente estudo possui como premissa a resposta para as questões suscitadas, ressaltando-se desde já que não se está aqui a tentar fornecer respostas estanques e insofismáveis, mas, pelo contrário, estar-se aqui a oferecer um ponto de partida para um tema de alta complexidade, condensando-se ao máximo o conteúdo para não fugir às normas formais aplicáveis ao presente artigo.

2 Conceito de Arbitragem

Se por um lado a abrangência da arbitragem, no que se refere a sua aplicabilidade na esfera pública, é tema bastante controverso, os termos conceituais por detrás de tal instituto não trazem maiores e significativas divergências, mas pelo contrário, caminham em um só sentido.

Júnior (2010) define arbitragem como:

O meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis através do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral (JUNIOR, 2010, p.15).

Coloca-se de suma importância não confundir a arbitragem com institutos que lhes são semelhantes, como é o caso da mediação e da conciliação. Neste diapasão, são esclarecedoras as palavras de Carmona (2009)

Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõem sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distância da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes) (CARMONA, 2009, p. 31/32).

Logo, apesar de haverem outras diferenças, a principal característica que difere a arbitragem dos demais institutos que lhe são correlatos, reside na sua força vinculante. Se por um lado o mediador e o conciliador são figuras incumbidas de dirimir determinada lide sugerindo soluções que levem ao maior grau de satisfação de ambas as partes, o árbitro,

apesar de buscar também a efetiva solução menos gravosa para ambas as partes, assim o faz de maneira impositiva, e não meramente sugestiva.

O caráter mandamental da decisão arbitral torna-se evidente pela simples leitura do art. 31 da Lei 9.307/96, a qual determina que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo” (BRASIL, 1996).

3 Princípios Administrativos

Ab initio, antes de tecer maiores comentários sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública, de suma importância se coloca a análise de alguns princípios norteadores da Administração Pública, que estão diretamente ligados ao tema central deste estudo.

Cumpra também salientar o primordial papel que os princípios exercem dentro de toda e qualquer ciência. Diante da imprescindibilidade da manifestação dos princípios na criação, e até mesmo na interpretação das normas, as palavras de Reale (2003) são irretocáveis, oportunidade na qual são transcritas:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis (REALE, 2003, p. 37).

Em um mesmo esboço, Silva (1993) doutrina que:

No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. (...) Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito (SILVA, 1993, p. 447).

Conclusão lógica que se pode chegar através das definições do termo “princípio”, alhures mencionadas, é a de que eventual violação à um princípio se coloca de sobremaneira mais gravosa do que a violação de determinada norma, na medida em que afronta não somente um mandamento obrigacional, mas acarreta consequências gravosas para todo um sistema (CASTRO, 2012).

Fazendo-se a análise dos princípios administrativos que se seguem, será possível delimitar, até certo ponto, a aplicabilidade da Lei 9.307/96 na esfera pública, pelo que poder-se-á, também, proceder a um exame mais detalhado dos efeitos emanados por tais princípios sobre referida Lei, por consequência lógica.

3.1 O Princípio da indisponibilidade do interesse público e da primazia do interesse público sobre o privado

Impossível tratar sobre o tema relativo a Administração Pública, sem sequer mencionar os princípios da indisponibilidade do interesse público e da primazia do interesse público, dado caráter básico, de alicerce ou fundacional de tais princípios.

Tamanha é a importância de ambos, que os mesmos são alçados como supraprincípios ou superprincípios, figuras centrais das quais decorrem todos os demais princípios norteadores de toda e qualquer atividade administrativa (BANDEIRA DE MELLO, 2013).

Complementando os dizeres acima, interessante observação é feita por Mazza (2016) segundo o qual:

A existência desses dois supraprincípios é reflexo de uma dualidade permanente no exercício da função administrativa: a oposição entre os poderes da Administração Pública (supremacia do interesse público) e os direitos dos administrados (indisponibilidade do interesse público) (MAZZA, 2016, p. 112).

Em linhas gerais, o princípio da indisponibilidade do interesse público significa que o administrador, enquanto gestor da “*res publica*” ou da coisa pública, está impedido de gerir o patrimônio público como bem entender, devendo sempre pautar seu “*múnus público*” de maneira a preservar os interesses de todos os administrados, os verdadeiros titulares dos bens públicos.

Neste esboço, tem-se:

O supraprincípio da indisponibilidade do interesse público enuncia que os agentes públicos não são donos do interesse por eles defendido. Assim, no exercício da função administrativa os agentes públicos estão obrigados a atuar, não segundo sua própria vontade, mas do modo determinado pela legislação. Como decorrência dessa indisponibilidade, não se admite tampouco que os agentes renunciem aos poderes legalmente conferidos ou que transacionem em juízo (MAZZA, 2016, p. 115).

Em um mesmo sentido, Filho (2006), fazendo uma observação sob o espectro subjetivo, vai muito além, afirmando que o interesse público não pertence sequer à Administração Pública, dando ênfase a titularidade do mesmo pelos próprios administrados, ratificando-se o que foi alhures mencionado.

Noutro giro, agora sobre o prisma da primazia do interesse público sobre o privado, expressiva é a sua importância até mesmo no que tange à possibilidade da vida em sociedade, o que guarda intrínseca correspondência com o Contrato Social de Rousseau. Explica-se: se cada indivíduo pudesse realizar todos os seus desejos de maneira absoluta e ilimitadamente, chegar-se-ia a um ponto que tais interesses entrariam em conflito direto entre si, gerando consequências desastrosas, não havendo meio hábil a solucionar tal controvérsia.

Tal observação decorre diretamente da doutrina de Bandeira de Mello (1980), que assim erude sobre o princípio em comento:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento desse último (BANDEIRA DE MELLO, 1980, p. 8).

Di Pietro (2010), por sua vez, esclarece que a supremacia do interesse público se faz presente tanto em um momento que antecede a criação das leis, quando em um momento posterior, já quando da aplicação destas no mundo fático. Esse duplo efeito principiológico seria responsável tanto por inspirar o legislador quando da criação de determinada regra jurídica, quanto por vincular a Administração Pública quando da aplicação da mesma.

Logo, imprescindível a observância dos princípios sobrelevados alhures tanto por parte da Administração Pública, através dos servidores ou administradores da coisa pública, quanto por parte dos administrados, configurando-se numa verdadeira via de mão dupla.

4 Do Princípio Constitucional da Eficiência

Por derradeiro e não menos importante, cumpre tratar, mesmo que de maneira sucinta, sobre o mais moderno dos princípios constitucionais afetos a administração pública, incluído expressamente na Constituição da República através da Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998.

A eficiência foi fruto direto da mudança de paradigmas efetuada pela Administração Pública em seu âmbito organizacional, consubstanciando-se esta no abandono da já ultrapassada administração burocrática (foco no meio), e adoção da administração gerencial (foco nos resultados).

Sobre a definição de tal princípio, imperiosa se torna a transcrição dos dizeres de Meirelles (1996), segundo o qual:

Dever de eficiência é o que impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros (MEIRELLES, 1996, p. 20).

Compartilhando de tal entendimento, e indo um pouco mais além, Di Pietro (2002) enxerga tal princípio sobre dois ângulos diferentes:

O princípio apresenta-se sob dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os melhores resultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público (DI PIETRO, 2002, p. 102).

Independentemente de qual seja o doutrinador adotado, todos são unânimes em erigir o princípio constitucional da eficiência a um patamar substancialmente imprescindível. Disto resulta que se coloca impossível dissociar a adequada, correta e célere prestação do serviço público, do princípio da eficiência.

Vencidos alguns conceitos relevantes, mesmo que de maneira rasa, porém suficiente para os objetivos aqui propostos, chega-se ao clímax do presente estudo, no qual o instituto da arbitragem será analisado sobre o espeque dos princípios aqui já apresentados, com o intuito de evidenciar a abrangência daquele.

5 Os Limites da Arbitragem dentro da Administração Pública

O ponto de partida para a análise da questão que permeia o presente estudo, no que diz respeito à abrangência da arbitragem dentro da administração pública, se encontra na análise do art. 1º, §1º, da Lei 9.307/96, segundo o qual, a administração pública, seja ela direta ou indireta, poderá se valer da arbitragem para a resolução de conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis.

A princípio, o instituto da arbitragem parece incompatível com o princípio basilar da administração pública, qual seja, o da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual, como visto, o administrador público é um mero gestor da coisa pública, dela não podendo dispor livremente, como bem assevera Di Pietro (2016):

À primeira vista, é chocante aceitar que possam existir, com relação ao patrimônio público, direitos patrimoniais disponíveis. A tendência é afirmar que não existem direitos patrimoniais públicos que sejam disponíveis. Isso decorre do apego ao conhecido princípio da indisponibilidade do interesse público (DI PIETRO, 2016).

Porém, coloca-se de suma importância destacar que, em determinadas situações, o chamado “interesse público” somente realizar-se-á através da disposição de determinados bens públicos, como é o caso, por exemplo, dos bens dominicais, os quais podem ter sua venda efetivada para atender a uma finalidade pública maior, como a construção de um hospital. Seria, no caso em concreto, uma verdadeira efetivação do princípio da supremacia do interesse público.

A de se sobrelevar também, que tal disponibilidade só pode se dar em relação aos bens patrimoniais disponíveis. Neste sentido, patrimônio, na clássica definição de Beviláqua (1951) significa “o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico”. (BEVILÁQUA, 1951, p. 209-210).

Portanto, para que se possa ter inserida uma cláusula compromissória em um contrato administrativo, antes de tudo, há de ser um contrato que verse sobre direitos de cunho econômico, excluindo-se deste, direitos de caráter personalíssimos, tais como a honra, a liberdade, dentre outros.

Voltando-se ao exemplo fático do bem dominical, quando da transferência do mesmo para um particular através do instrumento jurídico-civil da venda, pode-se perfeitamente, desde que acordado entre as partes, ser estabelecida cláusula de arbitragem para resolução de eventuais litígios provenientes de tal contrato.

Logo, para que se possa falar em cláusula arbitral em determinado contrato da Administração Pública, é necessário que se esteja diante, primeiramente, de um patrimônio de cunho econômico, excluído os direitos de caráter pessoal ou

personalíssimos, que apesar de poderem gerar eventuais demandas indenizatórias, são intransferíveis e irrenunciáveis, o que os coloca fora do âmbito negocial.

Por conseguinte, necessário também far-se-á que se esteja diante de um patrimônio disponível, não no sentido de mera liberalidade por parte do administrador público, e sim sob o espectro de que, a exemplo da desafetação de determinado bem público, sejam preenchidos todos os requisitos previstos em legislação específica.

Disto posto, não basta que a Administração se faça presente em um dos polos da relação jurídica para que se possa falar em compromisso arbitral. Em um mesmo sentido, não há óbice algum na legislação vigente que impressa que as cláusulas compromissórias se façam presentes também nos contratos firmados entre dois ou mais entes da administração pública.

Sob a ótica constitucional do princípio da eficiência, muito mais do que uma potestividade por parte da administração pública, a cláusula arbitral é uma questão que deve ser analisada quando da firmação de um contrato no qual se esteja diante de um patrimônio disponível.

Neste sentido Loures (2016) afirma:

[...] a Administração, como pessoa capaz de contratar, quando presente a possibilidade de assim dispor (questões patrimoniais) tem o dever de considerar a possibilidade de solucionar controvérsias por arbitragem, posto que afinada com os princípios da eficiência, da economicidade, da proporcionalidade e da razoabilidade que norteiam o mister da Administração como corolário ao princípio da legalidade e por consequência, a aplicação da Lei da Arbitragem (LOURES, 2016, p. 9)

A arbitragem, portanto, desde que utilizada em consonância com os termos legais que lhe são inerentes, se coloca em perfeita sintonia com os princípios basilares da indisponibilidade do interesse público, da supremacia do interesse público sobre o privado, e principalmente sobre o prisma do princípio constitucional da eficiência.

6 Considerações Finais

Com o intuito de apresentar um substrato teórico para apresentar respostas as questões que se colocam na parte introdutória do presente estudo, como visto, foi realizado um paralelo entre os princípios basilares que regem o direito administrativo, o princípio da eficiência e o instituto da arbitragem.

De tudo que foi trazido à baila no presente estudo, depreende-se que além de se colocar como um instrumento legítimo a serviço da Administração Pública, a arbitragem se coloca em consonância com o princípio constitucional da eficiência, sendo perfeitamente compatível com os princípios basilares do direito administrativo, quando da observância dos limites impostos pela legislação vigente.

Disto posto, tem-se que sempre que se estiver diante do uso da cláusula compromissória em um contrato de Direito Público, deve-se observar se o mesmo apresenta como objeto um direito patrimonial disponível, consubstanciando-se este em um direito economicamente mensurável que caminha em direção à realização do interesse comum.

Logo, o princípio da eficiência, por si só, e por mais importante que seja, não é capaz de legitimar a arbitragem frente a qualquer contrato firmado pela Administração

Pública. Sem dúvida alguma, a arbitragem é responsável por imprimir uma maior celeridade a resoluções de eventuais conflitos, desafogando consideravelmente o Poder Judiciário, o que implica na plena realização, na prática, do princípio constitucional da eficiência. Porém, há que se ressaltar que a eficiência não pode se tornar um mecanismo arbitrário e infringente das leis reguladoras de determinada matéria, mas pelo contrário, deve observar os preceitos impostos por estas últimas.

Conclui-se, portanto, que para que se possa falar no uso da arbitragem pela Administração Pública, necessário se faz uma ponderação dos princípios diretamente aplicáveis no caso em concreto, onde um não pode se sobrepujar sobre o outro, e sim, devem caminhar em uma mesma direção, adicionando-se a tal fato, a necessidade da observância da legislação aplicável.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Elementos de direito administrativo**. 1 ed. 6 tir. São Paulo: RT, 1987, p. 08.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11. 2012. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BEVILÁQUA, C. **Teoria geral do direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1955.

BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 15. Ago. 2018.

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

CASTRO, C. B. Teoria geral dos princípios. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 104, 2012.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. Artigo publicado no site **Consultor jurídico**, v. 24, p. 09-15, 2016.

FILHO, J. S. C. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

LOURES, U. Seminário: **Arbitragem e a Administração Pública**. 2016. Disponível em: <<http://www.direito.ufes.br/sites/direito.ufes.br/files/field/anexo/Semin%C3%A1rio%2016.07%20-%20Arbitragem%20e%20a%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica.pdf>>. Acesso em: 8. Ago. 2018.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.

SCAVONE JUNIOR, L. A. **Manual de Arbitragem**. 4^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 15.

SILVA, D. P. **Vocabulário Jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.