

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Setor de Ciências Jurídicas

Faculdade de Direito

O PODER PÚBLICO E A OPÇÃO PELA VIA ARBITRAL

Ana Paula Silveira

Curitiba, 2009

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Setor de Ciências Jurídicas

Faculdade de Direito

O PODER PÚBLICO E A OPÇÃO PELA VIA ARBITRAL

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador:

Professor Egon Bockmann Moreira

Coorientador:

Professor Rafael Munhoz de Mello

Curitiba, 2009

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA PAULA SILVEIRA

O PODER PÚBLICO E A OPÇÃO PELA VIA ARBITRAL

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Professor Egon Bockmann Moreira

Coorientador:

Professor Rafael Munhoz de Mello

Examinador :

Professor Rodrigo Luiz Kanayama

Curitiba, 30 de outubro de 2009

Ao Professor Egon,
de espírito sempre disposto
e

Ao Professor Rafael,
sem cujo apoio pouco seria possível

SUMÁRIO

1. Introdução.....	1
2. Arbitragem.....	3
2.1 <i>Conceito. Características da jurisdição judicial e arbitral</i>	3
3. Arbitralidade Objetiva	5
3.1 <i>Direitos patrimoniais disponíveis e interesse público</i>	5
3.2 <i>Primeiras Conclusões</i>	10
3.3 <i>Conteúdo. Aplicação no âmbito do poder público</i>	12
3.4 <i>Análise crítica</i>	14
4. Arbitralidade Subjetiva.....	16
4.1. <i>Conteúdo</i>	16
4.2. <i>Princípio da Legalidade</i>	17
4.3 <i>A Lei nº 8.666/1993 e a questão do foro</i>	22
4.4 <i>Do sigilo e da equidade</i>	24
5. Considerações finais	27
6. Bibliografia.....	30

1. Introdução

A arbitragem é tema cada vez mais presente no cotidiano brasileiro. Ainda que de previsão antiga, inclusive com lei reguladora datada já da década de 90 (Lei nº 9.307/1996), somente nos últimos anos passou a se popularizar,¹ com, por exemplo, a criação em alguns Estados-membros de Câmaras Arbitrais e a utilização por empresas nacionais do sistema da Corte Internacional de Arbitragem (CCI). Não obstante, algumas questões a seu respeito ainda guardam ânimo para debate.

Dentre estas, é objeto de divergências a possibilidade de utilização da via arbitral pela Administração Pública brasileira e os órgãos que a compõem, no âmbito interno. Isso porque apesar de a Lei nº 9.307/1996 ter definido o objeto e as pessoas que poderiam se submeter à via arbitral, não tratou explicitamente de seu uso em contratos administrativos.

Apenas algumas leis, posteriores e anteriores à Lei da Arbitragem, expressamente consignaram a possibilidade de sua utilização, mormente no campo das concessões de serviço público (Lei nº 8.987/1995), como por exemplo, no setor de telecomunicações (Lei nº 9.472/1997, art. 93, XV), de petróleo (Lei nº 9.478/1997, art. 43, X), de transporte (Lei nº 10.233/2001, art. 35, XVI), dentre outros, como veremos.

Não houve, entretanto, consenso se a autorização contida no art. 1º da Lei de Arbitragem seria bastante para sua utilização em contratos administrativos, ou se necessária autorização legal específica.

O que nos propusemos no presente trabalho foi tanto a análise da legislação brasileira quanto dos diferentes posicionamentos doutrinários sobre o tema, a fim de concluirmos se há viabilidade do uso de tal expediente pela Administração Pública com base na Lei nº 9.037/1996 e se tal meio de solução de conflitos é suficiente para proteção do interesse público.

Para tanto, o estudo foi essencialmente dividido em duas etapas. A primeira refere-se à arbitralidade objetiva, ou seja, quais matérias comportam a solução por meio da arbitragem e se seriam elas compatíveis com o objeto de atividade da

¹ A Lei de Arbitragem teve a constitucionalidade de seus dispositivos analisada pelo Supremo Tribunal Federal em 2001. Somente a partir deste momento, foi confirmada a sua não ofensividade ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e possibilitado o seu pleno uso. (SE 5206 AgR, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958).

Administração. Tal ponto, a nosso ver, não comporta maiores digressões, pois relativamente possível a sua delimitação.

A segunda etapa é o ponto crucial de discussão e o cerne do presente trabalho: a arbitralidade subjetiva, ou seja, a capacidade de concluir uma convenção de arbitragem. Neste tocante, como dito, analisaremos se a autorização contida no art. 1º da Lei de Arbitragem (nº 9.307/96) é suficiente para que a Administração Pública firme convenção de arbitragem ou se há necessidade de autorização específica para tal mister, fato o qual acabaria por restringir a instauração da via arbitral apenas a determinados contratos administrativos.

Nesta segunda etapa, portanto, trataremos da capacidade e extensão de contratar que o Estado e os órgãos que o integram possuem, bem como se tal capacidade é suficiente para o estabelecimento da arbitragem, sem que violação ao Princípio da Legalidade ocorra. Por conseguinte, será objeto de estudo específico o conceito e a dimensão tomados pelo Princípio da Legalidade naquilo que se refere ao tema em comento.

Na mesma oportunidade três questões que aparentemente também configurariam óbices à submissão do Estado à via arbitral serão tratadas, quais sejam, a questão do foro na lei nº 8.666/1993, a prerrogativa do sigilo e a utilização da equidade. O objetivo é verificar até que ponto estes três temas constituem-se como barreiras ao uso da arbitragem pelo poder público.

Desta feita, ao tratar dos argumentos favoráveis e contrários à arbitragem em contratos administrativos, o que se quis possibilitar foi uma visão global do tema e uma tomada de posicionamento. Até porque, como veremos adiante, o referido meio de solução de controvérsias pode, em razão de suas características, desnudar especial mecanismo de atendimento e afirmação do interesse público. Entretanto, não se pode permitir que sua utilização irrestrita viole princípios consagrados do Direito Público. Daí a razão de ser do presente trabalho: a busca de uma delimitação da real extensão do uso da via arbitral no Brasil e a estipulação das vantagens que tal meio de solução de conflitos possa trazer ao poder público nacional.

2. Arbitragem

2.1 Conceito. Características da jurisdição judicial e arbitral

Os conflitos de interesses entre particulares ou entre estes e o Poder Público são, via de regra, dirimidos pelo Estado através do Poder Judiciário. Todavia, a solução de controvérsias não é exclusividade da via judicial. Há meios alternativos que se propõem a tal intento.

Dentre estas técnicas de resolução de conflitos que prescindem da intervenção estatal tem-se a arbitragem.² É antiga a sua previsão no direito brasileiro,³ no entanto, foi a Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 que permitiu a disseminação da arbitragem no plano normativo interno.

Isso porque, de acordo com o art. 31 da Lei de Arbitragem (nº 9.307/96), a sentença arbitral é dotada de força obrigatória, sendo a ela assegurada os mesmos efeitos das sentenças judiciais, conseqüentemente também o caráter de título executivo judicial, cujo cumprimento independe de prévia homologação pelo Poder Judiciário, anteriormente exigida pelo ordenamento jurídico.⁴

Neste sentido, a arbitragem configuraria “sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum”.⁵

Para Carlos Alberto Carmona, a arbitragem consiste em submeter a decisão de determinada questão a um ou mais indivíduos, que recebem poderes de uma convenção privada e com base nos termos nela inscritos decidem. A decisão tomada

² Além da arbitragem, há outras formas alternativas de solução de conflitos, dentre elas a conciliação e a mediação. Tais modos não se confundem e não são excludentes, podendo ser adotados em seqüência. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A arbitragem e a administração pública*. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiúza Editores, 2004, p. 145-167).

³ Já nas Ordenações Filipinas havia previsão arbitral, bem como na Constituição Imperial de 1824 (art. 160), no Código Comercial de 1850 e no Regulamento 737 também de 1850. Ainda, no século XX o Código Civil de 1916 e os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 previam a utilização do instituto. (MATOS, Mauro Roberto Gomes de. *Contrato administrativo e a lei de arbitragem*. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 223, jan./mar. 2001, pp. 115-116).

⁴ Cf. GROTTI, Dinorá A. Musetti. *Obra Citada*, p. 148.

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Da Arbitragem e seu conceito categorial*. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 98, 1988, p. 127-138. Apud CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 19.

assume “eficácia de sentença judicial”.⁶ Ou seja, à decisão deste terceiro imparcial que não o Estado-juiz, as partes se vinculam e se obrigam.

É claro que a arbitragem não tem por objetivo substituir completamente a atividade jurisdicional titularizada pelo Estado⁷ - até porque seu campo de aplicação é legalmente limitado, conforme adiante será pormenorizado. Ainda assim, algumas características desta forma de solução extrajudicial de controvérsias sem dúvida atraem o seu uso, tanto em relação aos processos na esfera judicial, quanto às outras espécies de solução alternativa de conflitos.⁸

Mas quais benefícios a solução arbitral traz que acabam por torná-la mais atraente em detrimento ao recurso ao Poder Judiciário? Vejamos.

Enquanto a arbitragem normalmente efetiva-se através de acordo recíproco entre as partes, a jurisdição estatal fundamenta-se em unilateral e indesejada (para a outra parte pelo menos) iniciativa do Poder Judiciário estatal. Este, diante do grande volume de casos, muitas vezes não pode sustentar a correlação entre presteza e fundamentado julgamento.⁹

Por outro lado, a via arbitral revela-se meio célere e menos custoso de solução de conflitos e com uma especial característica: a especialidade. Ou seja, o árbitro a ser nomeado poderá ser escolhido justamente por deter especial conhecimento sobre a questão a ser decidida.¹⁰

Esta especialidade pode se refletir tanto em conhecimentos técnicos aprofundados sobre o segmento em discussão, quanto sobre a experiência do árbitro no ramo. O envolvimento de um especialista na função de árbitro poderá contribuir para decisão mais justa, que tomará em consideração a prática usual do segmento e que trará, portanto, maior segurança às partes.¹¹

⁶ Cf. CARMONA, Carlos Alberto. Obra Citada, p. 19.

⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. Um comentário à Lei 9.307/96. 2. ed., rev., ampl., atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 20.

⁸ Cf. FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. *Laudos Arbitrais Estrangeiros – conhecimento e execução: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2003, p.26

⁹ Cf. DINAMARCO, Júlia Raquel de Queiroz. Arbitragem e Administração Pública. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 101, jan./mar.2001, p. 264 e 265.

¹⁰ Cf. DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, vol.13, 1993, p. 7.

¹¹ Cf. PINTO, José Emílio Nunes. Reflexões indispensáveis sobre a utilização da arbitragem e de meios extrajudiciais de solução de controvérsias. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e

Ademais, o árbitro possui maior disponibilidade em comparação ao magistrado. Revela-se evidente que análise pormenorizada do caso é expectativa mais real ao árbitro do que ao juiz, cuja carga laboral, sabe-se, é significativa.¹²

Por fim, no procedimento arbitral há possibilidade de escolha da lei aplicável e de julgamento por equidade, além da ausência de formas solenes.¹³

Revela-se evidente, portanto, que a jurisdição¹⁴ estatal e a arbitral guardam como único ponto de encontro seu objetivo: a solução de conflito de interesses. De resto, conforme acima referido, guardam cada uma qualitativos diametralmente opostos.¹⁵ E são justamente tais caracteres que, segundo Júlia Raquel de Queiroz Dinamarco, “afastam totalmente a idéia de que a jurisdição estatal poderia ser considerada como sucedâneo perfeito da arbitragem”.¹⁶

Justamente em razão desta “infungibilidade de jurisdições” é que passaremos nos próximos tópicos a analisar o conteúdo passível de arbitramento e os sujeitos capazes de se submeter à arbitragem,¹⁷ para enfim determinarmos a possibilidade e o préstimo da utilização do instituto em contratos firmados pela Administração Pública brasileira.

3. Arbitralidade Objetiva

3.1 Direitos patrimoniais disponíveis e interesse público

MARTINS, Pedro Batista (coord). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007, p. 316 e 322.

¹² Cf. PINTO, José E. Nunes. *Obra Citada*, p. 322/323.

¹³ Cf. DALLARI, Adilson Abreu. *Obra Citada*, p. 7.

¹⁴ Muito se discute sobre a natureza jurídica da arbitragem, dividindo-se as opiniões entre a teoria privatista, sustentada pelo Código Civil de 1916 e pelo Código de Processo Civil e a teoria publicista ou jurisdicional. Na nossa opinião, consubstanciada em Carlos Alberto Carmona, a arbitragem encerra caráter jurisdicional, até porque o julgamento arbitral reveste-se de caráter obrigatório, conforme o art. 31 da Lei nº 9.307/1996. (CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p.35).

¹⁵ Cf. DINAMARCO, Júlia Raquel de Queiroz. Arbitragem e Administração Pública. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 101, jan.mar.2001, p. 267.

¹⁶ DINAMARCO, Júlia Raquel de Queiroz. *Obra Citada*, p. 267.

¹⁷ Alguns autores criticam a distinção da arbitralidade *stricto sensu* em subjetiva e em objetiva. Para eles, a arbitralidade *ratione personae* é um problema de “capacidade do Estado de se comprometer”. Neste sentido, a verdadeira arbitralidade seria a *ratione materiae*. (LEE, João Bosco. O conceito de arbitralidade nos países do Mercosul. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 8, ano 3, abr./jun. 2000, p. 348).

A arbitragem é o meio extrajudicial que as partes de uma relação contratual dispõem para dirimir conflitos exclusivamente de ordem patrimonial, que envolvem direitos disponíveis. É isto o que dispõe o art. 1º da Lei de Arbitragem (nº 9.307/96):

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

Ou seja, a admissibilidade da via arbitral está limitada às matérias que, além de serem patrimoniais, são passíveis de disciplina pelas partes mediante contrato.¹⁸

Serão considerados direitos patrimoniais disponíveis aqueles suscetíveis de valoração econômica e que, por integrarem o patrimônio de uma pessoa, estão sujeitos a disposição (alienação) por seu titular.¹⁹

Grande parte da doutrina²⁰ apontava já neste ponto a inadmissibilidade do uso da via arbitral como mecanismo dissuasório de conflitos em relações jurídico-contratuais nas quais figure a Administração Pública. A razão para tanto residia em um aparente conflito entre a arbitragem e o princípio da indisponibilidade do interesse público, já que, para alguns, a atividade da Administração envolveria necessariamente direitos indisponíveis.

Neste sentido, vários julgados do Tribunal de Contas da União preconizavam ser vedado a entes administrativos “renunciar” à jurisdição estatal em benefício da arbitragem já que o interesse em jogo, sendo público, seria indisponível e, portanto, encontraria vedação na própria norma inserida no art. 1º da Lei de Arbitragem. Assim concluía a Corte de Controle:

...o interesse tutelado na relação jurídica que será estabelecida pelo contrato é inquestionavelmente de natureza pública, sendo, portanto, indisponível. Disso decorre serem nulas as cláusulas do edital que determinam a utilização de arbitragem para a solução de conflitos...²¹

¹⁸ Cf. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coord). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 402.

¹⁹ Cf. GROTTI, Dinorá A. Musetti. *Obra Citada*, p. 147.

²⁰ Neste sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Compromisso arbitral – nulidade na esfera do direito administrativo. Reajuste de preço com base na variação do dólar: nulidade. Desvio de poder. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, vol. 39, 2002, p. 118-121; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7.ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 108.

²¹ Acórdão nº 587/2003 – Plenário. In: <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>

E no caso de envolvimento de entidades da Administração Pública, com mais forte razão, em face dos interesses e direitos aí envolvidos, é de se defender o monopólio do Poder Judiciário como a jurisdição competente para a solução dos litígios...²²

Com efeito, não cabe ao administrador público a discricionariedade de optar ou não pela arbitragem, dispondo sobre o patrimônio público ou o interesse público, bem como afastar a tutela jurisdicional, em se tratando de um contrato administrativo de direito público.²³

Em tese, portanto, a arbitragem em tal contexto não seria possível, pois conforme ensinamento do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello:

A adoção de arbitramento desenganadamente pressupõe a possibilidade de transigência e a renúncia ao livre acesso ao Poder Judiciário.²⁴

Analisemos esta afirmação. Eduardo Talamini trata do tema da indisponibilidade no campo do direito processual e no campo do direito material. Segundo o Autor, a indisponibilidade processual refere-se às situações em que, não obstante a omissão na prática de um ato processual, o indivíduo não será prejudicado. Por exemplo, não haverá revelia se o réu deixar de contestar por estar preso.²⁵

A indisponibilidade material, por sua vez, dividir-se-ia em duas acepções. Na primeira, significaria a impossibilidade de renúncia do poder público a um direito, por exemplo, do poder concedido de legislar ou da autoridade do poder de polícia. Na segunda, indisponibilidade significaria a vedação ao “reconhecimento espontâneo e extrajudicial de que não se tem razão”,²⁶ impondo-se necessária a intervenção jurisdicional.

Ou seja: compõem a “acepção material da indisponibilidade” para Eduardo Talamini os qualitativos da disposição e da renúncia dimensionados por Celso Antônio

²² Decisão nº 286/1993 – Plenário. In: <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>

²³ Acórdão nº 391/2008 – Plenário. In: <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra Citada, p. 120. (grifo nosso).

²⁵ Cf. TALAMINI, Eduardo. Cabimento de arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 119, jan. 2005, p. 160.

²⁶ O Autor denomina esta situação de “necessariedade de intervenção jurisdicional”. TALAMINI, Eduardo. Obra Citada, p. 161.

Bandeira de Mello para caracterização da arbitragem acima referidos e que para o jurista caracterizar-se-iam como óbices ao arbitramento.

Para Eduardo Talamini, todavia, invocar a impossibilidade de renúncia a um direito (primeira acepção) como óbice ao envolvimento da Administração em processos arbitrais, revela minimamente um desconhecimento do regime jurídico da arbitragem.²⁷ Isso porque a escolha da via arbitral não implica a renúncia a uma pretensão, ou ainda, na disponibilidade de um direito material, mas tão-somente a utilização de expediente diverso daquele proporcionado pelo Poder Judiciário.

O acesso ao controle jurisdicional não é vedado:²⁸ diante da necessidade de aplicação de medida coercitiva ou cautelar, ou ainda, diante de alguma nulidade deflagrada no curso do processo arbitral, há possibilidade de socorro ao Poder Judiciário.

Ademais, tal controle poderá ser provocado também por terceiros, que apesar de não se submeterem à convenção de arbitragem, poderão vir a ter interesses seus atingidos pela sentença arbitral.²⁹

Por conseguinte, somente a segunda acepção de indisponibilidade, correspondente à “necessariedade de intervenção jurisdicional”, seria capaz de barrar o uso da via arbitral pelo Poder Público, segundo Eduardo Talamini. Tal óbice, todavia, teria aplicação limitada, pois são raros os casos em que a jurisdição deva agir para dizer quem tem ou não razão, pois, via de regra,³⁰ o “poder público tem o dever de cumprir obrigações e respeitar direitos alheios independentemente de intervenção jurisdicional”.³¹

Para Eduardo Talamini, portanto, assim como não se abre mão do direito material pelo uso da via arbitral, renúncia nenhuma há à pretensão submetida à

²⁷ Cf. TALAMINI, Eduardo. Obra Citada, p. 162.

²⁸ Tanto é assim que, por exemplo, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.307/96, “sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis, e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo-se o procedimento arbitral”.

²⁹ Cf. DALLARI, Adilson Abreu. Obra Citada, p. 9-10.

³⁰ Há situações que segundo o Autor exigem processo judicial. No processo penal, por exemplo, na persecução penal, já que ali vigora o princípio da necessariedade. No direito civil, o processo judicial é obrigatório nas situações que envolvem o estado das pessoas, como na separação judicial, no divórcio, na falência e na insolvência. O Autor, todavia, adverte: “a ação judicial e a intervenção jurisdicional *não são necessárias*, em regra, no âmbito de direito público”. (grifo no original) (TALAMINI, Eduardo. Obra Citada, p. 159).

³¹ TALAMINI, Eduardo. Obra Citada, p. 162.

apreciação por tal juízo, abdicando as partes tão somente da solução via Poder Judiciário.

Nesta esteira o jurista afirma que a garantia constitucional de acesso ao Judiciário não pode ser “transformada em proibição do emprego de outra via, mais adequada às necessidades dos litigantes”.³² Isso porque a Lei Maior não conferiu ao Poder Judiciário o monopólio da atividade judicante.

O que a Constituição Federal veda no art. 5º, inciso XXXV ao dizer que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, é lei que impeça as pessoas de “ainda que queiram... recorrer ao Poder Judiciário, por não lhes permitir a lei”.³³ Tal previsão de forma alguma impede o juízo arbitral, mas deixa às partes a escolha de preferi-lo à jurisdição comum.

Também não impede a instauração do juízo arbitral o disposto no art. 109, inciso I da Constituição Federal, que disciplina a competência da justiça federal para processar e julgar as causas que envolvam a União, suas autarquias e as empresas públicas federais.³⁴ Tal regra tem por escopo tão-somente a determinação de competência entre os órgãos do Poder Judiciário caso o direito constitucional de a ele recorrer seja exercido, não significando, entretanto, a obrigação de se submeter ao controle jurisdicional estatal.³⁵

Neste primeiro momento pode-se então concluir: será possível a escolha da via arbitral pelo poder público sempre que “a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo”.³⁶ Caso a Administração venha a ser derrotada no procedimento arbitral (tal como pode ocorrer na via judicial), nenhum ato de renúncia ou disposição terá sido praticado, mas verificar-se-á tão-

³² TALAMINI, Eduardo. Obra Citada, p. 164.

³³ TIBURCIO, Carmen. A lei de arbitragem e a pretensa inconstitucionalidade de seu art. 7º. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 218, out./dez. 1999, p. 187.

³⁴ Pela exclusividade do Poder Judiciário em resolver questões envolvendo a Administração Pública em razão do disposto no art. 109, inciso I da Constituição Federal e pela conseqüente impossibilidade do uso da arbitragem pelo poder público: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7.ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p.108.

³⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. Um comentário à Lei 9.307/96. 2. ed., rev., ampl., atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 63.

³⁶ TALAMINI, Eduardo. Obra Citada, p. 162.

somente que no caso em questão o poder público não possuía razão e, portanto, o interesse público não estará presente em favor da Administração.³⁷

3.2 Primeiras Conclusões

Podemos perceber, portanto, que o equívoco de parte da doutrina e do Tribunal de Contas da União residiu justamente na vinculação necessária entre contratos administrativos e indisponibilidade de direitos. Ou seja, do necessário conteúdo indisponível dos contratos administrativos para que a Administração satisfaça o seu dever: garantir o interesse público.

De acordo com Marçal Justen Filho, todavia, “a indisponibilidade dos interesses sob tutela estatal não significa a indisponibilidade dos direitos de que a Administração Pública é titular”.³⁸

Em vista disso, é reconhecida autonomia à Administração Pública para participar de contratos administrativos e dispor, quando da contratação, de determinados bens e direitos seus.³⁹

Caso contrário, ao Estado seria vedada a celebração de todo e qualquer contrato, pois o ato de contratar é por si só ato de disposição.⁴⁰ Nada obstante, o Estado é parte em contratos nos quais o interesse público tem maior ou menor preponderância.⁴¹

Para aclarar a questão, lembremos da pacificada distinção entre interesse público primário e interesse da Administração. Enquanto o primeiro é o atinente ao corpo social, objetivado pela lei e entregue como dever ao Estado, o segundo – interesse secundário – é aquele interesse da Administração enquanto aparato

³⁷ Cf. TALAMINI, Eduardo. *Obra Citada*, p. 163.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 11.ed., 2005, p. 399.

³⁹ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem*, *ibidem*.

⁴⁰ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem*, *ibidem*.

⁴¹ Cf. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coord). *Obra Citada*, p. 308.

organizacional autônomo que só pode ser realizado quando coincidente com o interesse coletivo primário.⁴²

Assim sendo, uma primeira conclusão pode ser tomada: indisponível é o interesse público primário, não o interesse da Administração.⁴³ Este tem natureza instrumental à realização do interesse público primário.⁴⁴

Logo, poderá a Administração concretizar seu escopo de efetivação do interesse público dispondo de determinados direitos patrimoniais, sem que com isso o interesse público primário seja transigido.

É possível, portanto, que contratos administrativos encerrem conteúdo disponível, caracterizado por direitos patrimoniais e tal disponibilidade não remete a uma necessária disposição do interesse público. Neste sentido, afirma Eros Roberto Grau: “... não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público”.⁴⁵

Esse é também o entendimento de Adilson Abreu Dallari ao afirmar que “ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos”.⁴⁶ Em muitos casos, tendo em vista a eficiência que esse meio possibilita, tanto em razão da especialização técnica, quanto da celeridade, será a via arbitral a única forma de satisfazer o interesse público.⁴⁷ E esta única forma de satisfação eficiente do interesse público será proporcionada pelas garantias de celeridade, efetividade e imparcialidade que a arbitragem proporciona aos parceiros privados da Administração Pública.⁴⁸

Logo, é forçoso concluir que não será a arbitralidade objetiva óbice à utilização da arbitragem em contratos administrativos. Desde que nestes, direitos patrimoniais disponíveis estejam envolvidos, aparentemente não haverá vedação ao uso do instituto.

⁴² Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 26.ed.rev.atual., 2008, p. 65/66.

⁴³ Cf. GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, vol. 32, 2000, p. 19.

⁴⁴ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar, vol. 218/84, jul./set.1997.

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *Obra Citada*, p. 20.

⁴⁶ DALLARI, Adilson Abreu. *Obra Citada*, p. 8-9.

⁴⁷ Cf. ZIMMERMANN, Dennys. Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público. In: *Revista de mediação e arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 12, jan./mar. 2007, p. 75.

⁴⁸ Cf. ZIMMERMANN, Dennys. *Idem*, p. 71.

Resta-nos somente compreender quais direitos passíveis de arbitramento seriam estes, já que concretamente tal distinção possa não ser muito fácil de ser realizada.

3.3 Conteúdo. Aplicação no âmbito do poder público

Conforme dito, são disponíveis os interesses e os direitos deles derivados passíveis de quantificação monetária, que são objeto de comércio e em razão disto são

objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou os seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.⁴⁹

Alguns autores⁵⁰ identificam os direitos patrimoniais disponíveis com os atos de gestão da Administração Pública, que envolvem interesses públicos secundários (e conseqüente disponibilidade), em contraponto aos atos de império, indisponíveis para a Administração.⁵¹

Enquanto os atos de simples gestão são postos em prática “quando no exercício de atividades similares às dos particulares”⁵² e carentes das prerrogativas próprias da Administração, os atos de império são atos administrativos de autoridade e envolvem matéria de soberania.

Revela-se evidente, portanto, que matérias não passíveis de transação e decorrentes do exercício de um poder de império não estão sujeitas a arbitragem. Neste sentido, não se poderia confiar a árbitros, por exemplo, a decisão sobre a natureza da corrente elétrica, pois, segundo Rafael Biesa, “estabelecido pericialmente que a

⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra Citada.

⁵⁰ Vide opinião de Dennys Zimmermann que não adota tal classificação por entender que seus critérios são demasiadamente fluidos e, portanto, não conseguiriam determinar especificamente a arbitralidade objetiva. (Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público. In: *Revista de mediação e arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 12, jan./mar. 2007, p. 75).

⁵¹ CARMONA, Carlos Alberto. Obra Citada, p. 62.

⁵² ZIMMERMANN, Dennys. Obra Citada, p. 81.

corrente alternada é perigosa, não se pode admitir que os árbitros declarem que ela convém e deve prestar-se”.⁵³

Também não seriam arbitráveis, segundo Mauro Roberto Gomes de Mattos, as cláusulas⁵⁴ elencadas pelo art. 55 da Lei 8.666/93, essenciais a todo e qualquer contrato administrativo, bem como aquelas estipuladas pelo art. 23 da Lei 8.987/95, que regula os contratos de concessão e permissão de prestação de serviços públicos.⁵⁵

Ademais, não são passíveis de análise pelo juízo arbitral:

as cláusulas exorbitantes... [tais como] a) modificação unilateral para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos dos contratados; b) rescisão unilateral, nos casos especificados no inciso I, do art. 79, da Lei nº 8.666/93; c) fiscalização da execução do contrato; d) aplicação de sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste e; e) nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese de graves faltas contratuais.⁵⁶

Por outro lado, são objeto de análise arbitral o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou ainda o enfrentamento de questões técnicas específicas.⁵⁷ Assim, “decisões que sobrevenham na execução de um contrato ou [na] sua dissolução, por serem puramente patrimoniais, são arbitráveis”.⁵⁸

Carlos Alberto Carmona no tocante às autarquias afirma que seria possível, por exemplo, a submissão do Banco Central à arbitragem em questão envolvendo prestação de serviços na área de computação ou ainda, a submissão do Instituto Nacional de Previdência Social em “pleito indenizatório ligado a danos causados por descumprimento de contrato de empreitada”.⁵⁹

⁵³ Apud LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitralidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiúza Editores, 2004, p. 370.

⁵⁴ São cláusulas necessárias a todo contrato as que estabeleçam, por exemplo, o objeto e seus elementos característicos; o regime de execução ou a forma de fornecimento; o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; os casos de rescisão; dentre outros.

⁵⁵ Cf. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 223, jan./mar. 2001, p.129.

⁵⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Idem*, p.130.

⁵⁷ Cf. TALAMINI, Eduardo. *Obra Citada*, p. 159.

⁵⁸ LEMES, Selma M. Ferreira. *Obra Citada*, p. 371.

⁵⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Obra Citada*, p. 63.

Em contratos de concessão, por sua vez, seriam arbitráveis as questões atinentes “a violação do direito da concessionária à proteção de sua situação econômica, revisão das tarifas e indenizações devidas quando da extinção do contrato, inclusive quanto aos bens revertidos”.⁶⁰

Poderá, por fim, haver juízo arbitral nas hipóteses de alteração contratual por mútuo acordo entre as partes contratantes, nos termos do art. 65, inciso II da Lei n° 8.666/93, bem como, para “solução dos contratos dos entes públicos que tenham a característica privada (§ 3º, do art. 62, da Lei n° 8.666/93)”.⁶¹

3.4 Análise crítica

Até aqui a análise efetuada indica o caminho comum seguido por grande parte da doutrina em conectar logicamente a disponibilidade do objeto da lide com a admissibilidade da arbitragem, conforme a literalidade do art. 1º da Lei 9.307/96.

Para Edoardo F. Ricci, todavia, tal correlação seria verdadeira somente se a sentença arbitral fosse equivalente a um contrato estipulado pelas partes e não a uma decisão proferida pelo juiz, como estabelece o art. 31 da Lei de Arbitragem. Isso porque aquilo que as partes podem diretamente estipular mediante acordo, também podem atingir por estipulação de terceiro. Ou ainda: “o que as partes não podem convencionar, nem mesmo o árbitro pode determinar”.⁶²

O questionamento que Edoardo F. Ricci traz é se o nosso ordenamento deve caminhar em direção ao entendimento esposado pelo art. 1.030 da *Zivilprozessordnung* alemã que afirma: “qualquer direito de caráter patrimonial pode ser objeto de convenção de arbitragem”. O que, a contrário senso, significa afirmar que somente nas matérias não patrimoniais a disponibilidade do objeto da lide constitui pressuposto.⁶³

⁶⁰ LEMES, Selma M. Ferreira. Obra Citada, p. 373-374.

⁶¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Obra Citada, p.130-131.

⁶² RICCI, Edoardo F.. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade da arbitragem: reflexões evolutivas. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coord). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 405.

⁶³ RICCI, Edoardo F.. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade da arbitragem: reflexões evolutivas. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coord). Obra Citada, p. 404.

Para firmar o seu entendimento o autor cita três exemplos tirados do ordenamento jurídico brasileiro que para ele servem como cláusulas de abertura à desconexão. O primeiro refere-se ao art. 8º, parágrafo único da Lei 9.307/96 que prevê:

Caberá ao árbitro decidir [...] as questões acerca da existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Segundo o jurista se: (i) a cláusula compromissória é dotada de autonomia, não se comunicando à validade do contrato e se (ii) as lides arbitrais são, via de regra, contratuais, conseqüentemente, o parágrafo único do art. 8º poderia dar azo à superação do art. 1º da Lei de Arbitragem, pois estabelece a possibilidade do objeto da decisão a ser proferida ser a própria nulidade do contrato, matéria em si indisponível.⁶⁴

O segundo exemplo do autor é sobre o entendimento majoritariamente favorável à arbitralidade da quantificação monetária de direitos indisponíveis, não obstante tal separação ser digna de controvérsia, pois não há direito sem conteúdo. O autor explica então que

segundo interpretação restritiva da disponibilidade do direito, como pressuposto da arbitragem, envereda-se rumo à superação desse mesmo pressuposto e começa-se a entrever, como resultado final, a admissibilidade de arbitragem também em matéria indisponível.⁶⁵

Por fim, trata das previsões dos arts. 851 e 852 do Código Civil Brasileiro, respectivamente:

É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

⁶⁴ Cf. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coord). Obra Citada, p. 409.

⁶⁵ LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coord). Idem. p. 410.

Da leitura dos dispositivos acima mencionados, percebe-se que o Código não arrola como requisito a disponibilidade do objeto da lide. Tal pressuposto, segundo o autor, será interpretado de forma diversa conforme tratemos de cláusula compromissória ou compromisso arbitral.⁶⁶ Vejamos o que estabelece o art. 853 do Código Civil Brasileiro:

Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.

Ou seja, quanto à cláusula compromissória o art. 1º da Lei de Arbitragem continua em vigor, todavia, em relação ao compromisso firmado pelas partes depois de nascida a lide, poder-se-ia interpretar que o art. 851 do Código Civil derogou a disciplina pré-vigente, exigindo somente que o compromisso seja estabelecido por pessoas capazes, em qualquer matéria patrimonial, disponível ou não.⁶⁷

Do preconizado por Eduardo Ricci, é de se perceber que o direito brasileiro muito tem a evoluir no tocante a arbitralidade objetiva, principalmente naquilo que se refere ao objeto arbitrável pela Administração e a menor ou maior elasticidade que este possa atingir. João Bosco Lee chega a afirmar que “a extensão da arbitralidade depende mais da cultura arbitral do país em questão que de uma nova legislação”.⁶⁸ De qualquer modo, superada a questão da arbitralidade objetiva passemos a análise dos sujeitos capazes de se submeter à arbitragem.

4. Arbitralidade Subjetiva

4.1. Conteúdo

Para submeter à arbitragem um litígio, condição necessária aos sujeitos envolvidos é a capacidade de contratar. Esta é a disposição da primeira parte do art. 1º

⁶⁶ Cf. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coord). *Obra Citada*, p. 410-411.

⁶⁷ Cf. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coord). *Idem*, p. 411.

⁶⁸ LEE, João Bosco. *Obra Citada*, p. 353-354.

da Lei de Arbitragem, que expressa a chamada arbitralidade subjetiva ou *ratione personae* que consiste na “atitude do Estado, estabelecimento ou órgão público de concluir uma convenção arbitral”.⁶⁹

Ao Estado seria possível então a participação em procedimento arbitral, pois este possui, juntamente com os órgãos que o integram, plena capacidade de celebrar contratos. Todavia, não obstante o esforço de parte da doutrina e até mesmo da jurisprudência, representada pelo célebre caso Lage,⁷⁰ a possibilidade da utilização deste expediente em contratos firmados pela Administração Pública brasileira ainda não está integralmente sedimentada.

Isso é assim em razão de três ordens de fatores: a primeira relacionada ao princípio da legalidade, a segunda, à questão do foro e por último, às questões do sigilo e da equidade. Analisemos cada uma delas.

4.2. Princípio da Legalidade

No tocante ao princípio da legalidade, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a Administração Pública direta e indireta a ele se submete, o que significa dizer que a Administração Pública só pode fazer, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, o que a lei autoriza.⁷¹

O princípio da legalidade é garantia máxima de respeito aos direitos individuais, que se traduz na vedação à Administração Pública de por “simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados”,⁷² já que para que assim possa proceder a Administração está sujeita a um fator: a autorização legal.

⁶⁹ LEE, João Bosco. *Obra Citada*, p. 348.

⁷⁰ O “caso Lage” é citado pela doutrina como o *leading case* que garantiu ao Estado brasileiro a submissão à arbitragem. O litígio dizia respeito à recusa de pagamento pela União de indenização estipulada por tribunal arbitral constituído pelo Decreto 9.521 de 26/07/1946, em razão de desapropriação realizada pelo governo federal brasileiro de bens da Organização Lage e de Henrique Lage. O Supremo Tribunal Federal entendeu de forma unânime pela legalidade da instauração do juízo arbitral, afirmando sua possibilidade até mesmo em causas contra a Fazenda Pública. STF, AG 52.181, 14.11.1973, União Federal c. Espólio de Renaud Lage, Henry Potter Lage e Espólio de Frederico Lage e Espólio de Henrique Lage. (RTJ, v. 68, p.382).

⁷¹ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34.ed., atual. até a Emenda Constitucional 53 de 19.12.2006 e Lei 11.448, de 15.1.2007, Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 63.

Adstrita que está a Administração ao princípio da legalidade e, conseqüentemente, à submissão a lei, parcela da doutrina faz esbarrar na efetividade deste princípio o recurso da Administração à arbitragem.⁷³ Isso porque o legislador deixou de consignar de maneira expressa em todo e qualquer texto legal, a possibilidade irrestrita de adoção da via arbitral. Esta questão comporta uma análise mais acurada, vejamos.

Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.307/96 que poderão valer-se da arbitragem as “pessoas capazes de contratar”. O termo “pessoas” utilizado pelo legislador foi empregado de forma ampla, sem distinções, razão pela qual parte da doutrina⁷⁴ conclui que o vocábulo compreende tanto as pessoas privadas como as de direito público.

Aparentemente, portanto, a exigência de autorização legal para efetivar a adoção da arbitragem em contratos administrativos restou sanada.

Entretanto, como referido, entendem certos autores que tal exigência deveria ser específica,⁷⁵ a fim de que o princípio da legalidade fosse efetivamente atendido. Neste sentido, somente nos contratos administrativos cuja lei de criação comportasse a possibilidade do uso da via arbitral o princípio em comento restaria cumprido. Essa é a compreensão esposada por Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar que

entidades constituídas à sombra do Estado para secundar-lhe a ação, carecem de poder para, *sponte propria*, renunciarem a se socorrer desde logo do Judiciário do país. Conduta desta ordem... na melhor das hipóteses demandaria autorização legislativa expressa.⁷⁶

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso consigna:

em determinados casos, a Administração poderá sim submeter-se à Arbitragem, mas ... Será indispensável o adimplemento de alguns

⁷³ Cf. DINAMARCO, Júlia Raquel de Queiroz. *Obra Citada*, p. 271.

⁷⁴ Dentre eles: PINTO, José Emílio Nunes. *Obra Citada*, p. 308 e CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2. ed. rev., ampl., atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 62-66.

⁷⁵ Dentre eles: DINAMARCO, Júlia Raquel de Queiroz. *Obra Citada*, p. 273.

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Compromisso arbitral – nulidade na esfera do direito administrativo. Reajuste de preço com base na variação do dólar: nulidade. Desvio de poder. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, vol. 39, 2002, p. 120.

requisitos, dentro os quais, o mais importante, é a existência de lei autorizativa.⁷⁷

Deste modo, apenas nas seguintes leis, anteriores e posteriores à Lei 9.307/96, em que há menção expressa à solução alternativa ao recurso ao Poder Judiciário, tal via seria permitida: 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 nº 8.987/95, art. 23-A (concessões); Lei nº 9.472/97, art. 93, inciso XV (telecomunicações); Lei nº 9.478/97, art. 43, inciso X (petróleo); Lei nº 10.848/04, art. 4º, § 6º (CCEE); Lei nº 11.079/04, art. 11 (PPP).

A necessidade de previsão específica, todavia, não é unânime. Ao tratar do papel do Estado e a conseqüente regulamentação do Direito, José Emílio Nunes Pinto afirma que no decorrer das mudanças da função do Estado no meio social (de “pai patrão”, ao de “pai provedor”, ao de “pai empreendedor” até a configuração atual de “Estado parceiro”), sua relação com os particulares e cidadãos foi gradativamente sendo alterada, mudança que não pode ser ignorada pelo direito.⁷⁸

Neste sentido, o Estado atual não se contentaria somente com a regulação da atividade econômica e empresarial, firmando sim uma relação de parceria com os particulares, pela qual divide “com o setor privado a responsabilidade pelas funções que, no passado, eram tidas com exclusivamente suas e que ele, em face das limitações, muitas vezes, deixou de exercer ou a exerceu de forma insatisfatória” (sic).⁷⁹

A aceitação deste novo papel cometido ao Estado em suas relações com os particulares, por óbvio, não implica a quebra do princípio da legalidade, até porque fruto de construção constitucional,⁸⁰ mas exige que a interpretação de tal princípio seja condigna à realidade.⁸¹

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Parecer. Sociedade de Economia Mista prestadora de serviço público. Cláusula Arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. In: *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 19, Ano 6, jan./mar. 2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 427.

⁷⁸ Cf. PINTO, José Emílio Nunes. Obra Citada, p. 305.

⁷⁹ PINTO, José Emílio Nunes. Idem, p. 306.

⁸⁰ Cf. PINTO, José Emílio Nunes. Obra Citada, p. 307.

⁸¹ O Autor dá exemplos de como a Constituição Federal de 1988 possibilitou, a partir de seu texto, uma evolução no direito, com a publicização do direito privado e a privatização do direito público, ou ainda, com a importância

Neste sentido afirma Odete Medauár que

Embora permaneça o sentido de poder objetivado pela submissão da Administração à legalidade e o sentido de garantia, certeza e limitação do poder, registrou-se evolução na idéia genérica da legalidade.⁸²

Tal evolução, segundo a jurista, corre no sentido de se evitar a distorção do princípio da legalidade para um legalismo ou legalidade formal, em que a justiça das leis independe de seu conteúdo e exige-se que aquilo que está ali contido descreva pormenorizadamente a realidade.⁸³ Este formalismo excessivo poderia culminar na paralisação da Administração, pois inviável a existência de comandos legais específicos para cada ato ou medida editada pela administração.⁸⁴

Neste sentido, haveria sim possibilidade de utilização da arbitragem em relação à Administração Pública mediante uma autorização geral. Tanto é assim, que Carmen Tibúrcio condensa o posicionamento doutrinário tributário desta idéia em três sentidos.⁸⁵

Uma primeira corrente, capitaneada por Adilson Abreu Dallari,⁸⁶ entenderia pela aceitação da arbitragem em quaisquer contratos firmados pela Administração Pública em razão do art. 54 da Lei n° 8.666/1993 que prevê a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos aos contratos administrativos.

Isso porque é certo que a Administração Pública não está plenamente sujeita aos ditames do regime de direito privado, cuja eficiência é muito mais econômica do que a verificada no setor público. Todavia, na medida em que a relação entre a Administração e os setores privados da economia vai se sedimentando e novas parcerias vão se formando,⁸⁷ o direito administrativo vai lançando aos poucos mão das

atribuída à função social do contrato, que é reflexo da função social da empresa prevista na Constituição Federal e com as noções de obrigação, boa-fé objetiva e probidade. (PINTO, José Emílio Nunes. *Obra Citada*, p. 307).

⁸² Apud GRINOVER, Ada Pelegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 233, jul./set. 2003, p. 379.

⁸³ Cf. GRINOVER, Ada Pelegrini. *Idem*, p. 379.

⁸⁴ Cf. GRINOVER, Ada Pelegrini. *Idem*, p. 380.

⁸⁵ Cf. TIBÚRCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública: Resp n° 606.345/RS. *Revista de Direito do Estado, Salvador, BA*, Ano 2, n. 6, abr/jun. 2007, p.342.

⁸⁶ É também tributário deste entendimento: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Obra Citada*, p. 124.

⁸⁷ As parcerias entre o Estado e o capital privado geram uma necessidade de flexibilização da relação contratual, com geração de relativo equilíbrio entre os interesses das partes. (LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitralidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? In:

figuras de direito privado, flexibilizando suas regras, na medida em que compatíveis com o direito público e os princípios a ele ínsitos.⁸⁸

Uma segunda corrente, representada por Caio Tácito, calcar-se-ia nas leis específicas que autorizam a Administração a se submeter à arbitragem, permissão generalizada para uso do instituto.

Tais leis seriam aquelas já mencionadas no presente trabalho e que tratam da contratação com o poder público, como por exemplo, a lei nº 8.987/95, que trata da concessão e permissões de obra pública e que prevê no art. 23, inciso XV como cláusula essencial a que se refere “ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”.⁸⁹ Ou ainda, a Lei nº 11.079/2004, que trata das parcerias público-privadas e prevê no art. 11, inciso III que na minuta de contrato prevista no instrumento convocatório poderá ser previsto

o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Por derradeiro, ainda segundo Carmen Tiburcio, há aqueles que em razão do disposto pelo art. 173, § 1º, da Constituição Federal, entenderiam justificável a utilização da arbitragem por empresas públicas e por sociedades de economia mista já que submetidas ao regime jurídico de direito privado. Neste sentido, afirma Carlos Alberto Carmona que

a autorização legal procurada por alguns pode ser (e normalmente será) genérica, como ocorre no caso das empresas públicas e nas sociedades de economia mista, submetidas por via constitucional ao regime das empresas privadas (e, por via de consequência, autorizadas – pela própria natureza de suas respectivas atividades – a dispor de direitos).⁹⁰

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiúza Editores, 2004, p. 364).

⁸⁸ Cf. ZIMMERMANN, Dennys. *Obra Citada*, p.87.

⁸⁹ Adilson Abreu Dallari denomina a arbitragem como meio amigável de solução de conflitos. (DALLARI, Adilson Abreu. *Obra Citada*, p.5). Este posicionamento, todavia, não nos parece ser o mais correto. Neste sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Obra Citada*, p. 52-53.

⁹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Obra citada*, p. 67.

Estabelecido o posicionamento doutrinário acerca do Princípio da Legalidade e a eventual limitação que este poderia exercer sobre a arbitragem envolvendo o poder público, resta-nos nos próximos tópicos esclarecer dois pontos: a questão do foro na Lei nº 8.666/1993 que trata das licitações e dos contratos firmados pela Administração Pública direta e indireta,⁹¹ e a questão do sigilo e da equidade. Tais temas são enumerados como óbices derradeiros à utilização da arbitragem nos contratos firmados pelo poder público.

4.3 A Lei nº 8.666/1993 e a questão do foro

A lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Por regular a contratação com a Administração Pública, muitos doutrinadores buscam no corpo da referida lei a justificativa para a impossibilidade da instituição de juízo arbitral face o poder público.⁹² Isso em razão da falta de previsão expressa da faculdade de adoção da arbitragem, bem como por ter inserido o legislador específica disposição sobre o local em que demandas envolvendo contratos da Administração devam ser processadas. Dispõe o art. 55, § 2º da referida lei:

Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.⁹³

⁹¹ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados com empresas estatais. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 236, abr./jun. 2004, p. 215. Os Autores diferenciam contratos da administração e contratos administrativos, informando que a Lei de Licitações e Contratos trata também dos primeiros, atinentes a posição da administração em qualquer contrato em que inexistam cláusulas exorbitantes.

⁹² Salvo nas hipóteses estritas que esse mesmo estatuto especifica, apontadas pelo § 6º do art. 32.

⁹³ A exceção apontada no § 6º do art. 32 não diz respeito ao objeto do presente trabalho, referindo-se sim, “às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação (...)”. (grifo nosso).

Segundo Júlia Raquel de Queiroz Dinamarco, “a omissão dessa lei [nº 8.666/1993] quanto à utilização da arbitragem, dentro da estrutura geral do sistema, tende a significar a [sua] exclusão deliberada”.⁹⁴

Este posicionamento não é, todavia, unânime. A cláusula de estabelecimento do foro da Administração para solução de controvérsias não possui, de acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Villela Souto, obrigatoriedade substantiva, sob pena do absurdo de se impedir toda e qualquer tentativa de negociação amigável.⁹⁵

Neste sentido, afirma Carlos Alberto Carmona, a única exigência legal é de que caso as partes se socorram do Poder Judiciário elas devem firmar a competência do juízo no foro da sede da Administração e não em qualquer outro (domicílio do licitante, lugar do fato ou ainda, local onde está situada a coisa). O objetivo da regra, segundo o jurista, é “facilitar a defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público interno em eventuais demandas”.⁹⁶

Há até quem sustente⁹⁷ que o § 2º do art. 55 da Lei 8.666/1993 foi derogado pelo art. 1º da Lei 9.307/1996, diante da previsão deste último somente do requisito *capacidade para contratar*. Desta feita, a lei de arbitragem teria estendido sua aplicação ao Estado e aos entes que integram a sua estrutura organizacional, pois passíveis de serem partes em contrato.⁹⁸

Em vista disso, pode-se concluir que a regra inserida no § 2º do art. 55 da Lei de Licitações e Contratos de forma alguma proíbe a arbitragem, mas sim, expressa uma formalidade que deverá ser atendida caso antes, durante ou após a instalação do tribunal arbitral a atuação do juiz togado faça-se necessária.⁹⁹

⁹⁴ DINAMARCO, Júlia Raquel de Queiroz. *Obra Citada*, p. 273.

⁹⁵ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Obra Citada*, p. 216.

⁹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Obra Citada*, p. 64.

⁹⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. *O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro anos da Lei 9.307/96 (3ª Parte)*. In: *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 12, abr./jun. 2001, p. 334.

⁹⁸ Cf. ZIMMERMANN, Dennys. *Obra Citada*, p. 82-83.

⁹⁹ Como já dito no presente trabalho, é competência exclusiva do magistrado atos que impliquem a utilização de coerção, como a execução forçada da sentença arbitral, ou ainda, a execução de medidas cautelares ou coercitivas. Isso porque o árbitro não tem competência para realizá-los, devendo aceitar o concurso do juiz togado. (CARMONA, Carlos Alberto. *Obra Citada*, p. 64-65).

Por conseguinte, não será da lei n° 8.666/1993 que devemos tirar qualquer impedimento à utilização da arbitragem.¹⁰⁰

4.4 Do sigilo e da equidade

Como óbices finais à escolha da via arbitral pelo poder público são apresentados os caracteres do sigilo e da equidade.

Selma M. Ferreira Lemes diferencia a privacidade do sigilo. Enquanto o primeiro relaciona-se ao local de instauração da arbitragem e ao assunto em litígio, o segundo conecta-se aos documentos e informações que instruíram o processo, bem como ao laudo arbitral, já que o ali contido vincula as partes, seus procuradores e os árbitros.¹⁰¹

Para Carlos Alberto Carmona, o sigilo revela-se como “falso dilema”, pois só facultado às partes sua pactuação no procedimento arbitral, havendo possibilidade de dispensa da confidencialidade se assim entenderem necessário.¹⁰²

Em contraponto, Júlia Raquel de Queiroz Dinamarco, não descuidando do caráter de mera faculdade às partes do sigilo, explica que o princípio da publicidade dos atos da Administração é garantido pela própria estrutura do processo judicial, que prevê um veículo oficial de publicidade, um lugar determinado para a prática de atos e a necessária audiência. Segundo a autora:

a finalidade do princípio da publicidade aplicado à Administração não se restringe apenas ao aspecto formal de publicação de atos, visando antes a *propiciar* o conhecimento, pela coletividade, das condutas da Administração.¹⁰³

Desta feita, para que a publicidade fosse da mesma maneira assegurada na via arbitral, uma série de precauções deveria ser tomada, o que para a autora acabaria por inviabilizar a própria noção de celeridade e desburocratização ínsitos ao instituto em comento.

¹⁰⁰ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Obra Citada, p. 218.

¹⁰¹ Cf. LEMES, Selma M. Ferreira. Obra Citada, p. 383.

¹⁰² Cf. CARMONA, Carlos Alberto. Obra Citada, p. 67.

¹⁰³ DINAMARCO, Júlia Raquel de Queiroz. Obra Citada, p. 274. (grifo no original).

Para Carlos Alberto Carmona o acesso à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral podem ser garantidos, o que viabilizaria o controle popular pela publicidade, respeitando-se o princípio da transparência. Segundo o Autor, o que lhe pareceria vedado seria a publicização dos debates e documentos confidenciais que instruíram o processo, salvo convenção entre as partes.¹⁰⁴

Em arbitragens comerciais, por exemplo, a divulgação irrestrita de matérias atinentes ao “*know how*, técnicas comerciais, estratégias de negócios” poderiam causar perdas às partes e por isso a divulgação de tais informações estaria, a princípio, impedida.¹⁰⁵

Para contornar esta questão, Selma M. Ferreira Lemes propõe que a sentença arbitral ou excertos dela sejam publicados (tal como nos casos sujeitos ao CIRDI no âmbito do Banco Mundial), ou ainda, que o cuidado despendido aos documentos sigilosos das partes seja similar ao previsto pela legislação de defesa da concorrência (lei nº 8.884/94), com a formação de autos em apartado, possibilitando-se o livre conhecimento por todos dos documentos disponibilizados no processo principal.¹⁰⁶

Seja qual for a solução dada, a orientação doutrinária consubstanciada também por José Maria Rossani Garcez é pela não problematização absoluta da confidencialidade, pois sujeita a convenção entre as partes, que podem dispensá-la ou mitigá-la quando da convenção arbitral.¹⁰⁷

Também está sujeita à modulação a equidade na via arbitral, prevista pelo art. 2º da Lei nº 9.307/96: “a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”.

A equidade, segundo Carlos Alberto Carmona, nada mais é do que a dispensa autorizada ao árbitro de julgar conforme as normas postas pelo direito positivo¹⁰⁸, podendo valer-se de outras regras, “ditadas por sua própria consciência”.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Obra Citada*, p. 67.

¹⁰⁵ Cf. LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitralidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiúza Editores, 2004, p. 383.

¹⁰⁶ Cf. LEMES, Selma M. Ferreira. *Idem*, p. 386-387.

¹⁰⁷ Cf. GARCEZ, José Maria Rossani. O Estado, suas agências, as empresas públicas e as sociedades de que participa na arbitragem privada. Recentes progressos. In: *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 8, jan./mar. 2006, p. 112.

¹⁰⁸ Cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Obra Citada*, p. 39.

A não aplicação das normas de lei tem por objetivo evitar a incidência de norma injusta ou inadequada para determinada situação fática, cabendo ao árbitro “julgar de acordo com a prudência e a consciência, alcançando o justo e equânime, pautando-se nos princípios morais básicos de convivência social, afastando ou temperando as regras do direito estrito”.¹¹⁰

Todavia, a arbitragem *ex aequo et bono* traz uma série de riscos que para parte da doutrina justificam o seu não acolhimento. Ainda que normas jurídicas de ordem pública sejam de observância obrigatória, não podendo ser afastadas nem no juízo de equidade,¹¹¹ nestes casos as partes não conhecerão as regras que o árbitro utilizará para solucionar a controvérsia, estando sujeitas ao que Edoardo Flavio Ricci denominou “injustiça da surpresa”.¹¹²

Segundo o jurista, o desconhecimento das regras aplicáveis pode até mesmo prejudicar o contraditório, princípio garantido pelo art. 21, § 2º da Lei nº 9.307/1996, cuja inobservância acarreta a nulidade da sentença arbitral, nos termos do art. 32 da referida Lei.¹¹³

De qualquer modo, sabe-se que o juízo de equidade é de aplicação facultativa, não configurando problema maior à arbitragem em contratos administrativos.¹¹⁴

¹⁰⁹ RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem Brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 152.

¹¹⁰ LEMES, Selma Ferreira. A arbitragem e a Decisão por Equidade no Direito Brasileiro e Comparado. In: LEMES, _____; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 189-190.

¹¹¹ Cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2ª ed. rev., ampl., atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 39.

¹¹² RICCI, Edoardo Flavio. *Obra Citada*, p. 155.

¹¹³ Cf. RICCI, Edoardo Flavio. *Idem*, p. 150.

¹¹⁴ Cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Obra Citada*, p. 39.

5. Considerações finais

Do tudo o exposto, podemos nos reservar a conclusão de que ignorar de pronto a previsão do art. 1º da Lei da Arbitragem que determina que “*as pessoas capazes de contratar*”, independentemente do seu caráter público ou privado, poderão ser partes em procedimento arbitral, parece-nos fruto de uma visão ultrapassada do direito administrativo e do papel do Estado em sociedade.

Ao nosso ver, a previsão legal acima mencionada é suficiente autorização ao poder público para se valer da via arbitral em detrimento do Poder Judiciário sem que haja ofensa ao Princípio da Legalidade.

Acreditamos que em determinadas situações será a via arbitral o meio mais adequado à satisfação do interesse público, seja em razão da celeridade que tal procedimento proporciona, seja em função da possibilidade de escolha de especialistas como árbitros.

Esclareça-se: não se patrocina aqui irrestrita utilização da arbitragem em contratos administrativos. Também aqui não se é ingênuo a ponto de acreditar que a arbitragem é em si solução geral e ilimitada aos problemas que acometem o Judiciário. Sabe-se que ambas as vias, judicial e arbitral, possuem vantagens e desvantagens. Ademais, como visto no presente trabalho, suas esferas de atuação são distintas.

O que se deseja é que a propugnada necessidade de específicas e exaustivas regulamentações legislativas seja deixada de lado e que se passe a entender a previsão do art. 1º da Lei de Arbitragem como bastante autorização ao poder público.

Até porque não se deve olvidar do fato de que a Administração Pública constantemente lança mão de institutos e normas de direito privado naquilo que compatível com o regime público, como nos contratos de locação ou de compra e venda de imóvel, sem que exista expressa autorização legal. Tal ausência não impede que o poder público utilize-se dos referidos institutos e muito menos deve impedir o emprego da via arbitral em contratos administrativos.

Desta feita, caberá à Administração Pública a escolha da alternativa mais condizente à satisfação do interesse público e que traduza maior eficiência. É esta a discussão que deveríamos ter em jogo: hipóteses em que o poder público poderá fazer

a escolha e não se tal escolha é ou não possível. Este ponto restou, como pudemos analisar, superado.

Com isso em mente, passaremos a nos preocupar com o que efetivamente é relevante: o caso concreto. Será o caso concreto que determinará qual meio é o mais adequado para a solução do conflito e se a situação em comento é justificativa suficiente para utilização da arbitragem.

Não nos parece razoável privar a Administração Pública de um meio de solução de conflitos eficiente, célere e especializado como é a arbitragem. Como já dito, nem sempre o Poder Judiciário possui a estrutura necessária para julgar nos mesmos termos as questões que envolvam o poder público e o contratado. Sabe-se que a demora ou a ineficiência não beneficiam nem um nem outro e, acima de tudo, violam o interesse público primário.

A experiência nos contratos de concessão (de Parcerias Público-Privadas, no setor petrolífero e de transporte) vem nos mostrando a presença e o fortalecimento contínuo da arbitragem em contratos administrativos, não havendo porque limitá-la a específicos casos.

Como visto, não será pela arbitragem que a Administração Pública irá dispor de interesses públicos. Os interesses sob tutela estatal não se confundem com os direitos de que o poder público é titular e que, por sua vez, podem encerrar conteúdo disponível.

Ademais, a tríade que aparentemente serviria como obstáculo à arbitragem na Administração Pública, qual seja, a questão do sigilo, da equidade e do foro também não se sustenta como problema. As duas primeiras (sigilo e equidade) em razão de sua faculdade de aplicação estão sujeitas à dispensabilidade pelas partes. Por sua vez, a regra do foro prevista no § 2º do art. 55 da Lei de Licitações e Contratos de forma alguma traduz proibição da arbitragem, tão-somente estabelecendo a regra a ser atendida caso a atuação do Judiciário seja necessária.

Por fim, não é demais destacar que o Judiciário não estará de todo afastado caso a Administração opte pela via arbitral. Poderá ser chamado a intervir, por exemplo, em medidas cautelares, coercitivas, ou ainda, na própria execução da sentença arbitral (já

que o árbitro não tem poderes de execução). Diante de alguma hipótese de nulidade, a requerimento do interessado, também poderá o Judiciário invalidar a sentença arbitral.

Concluimos então pela possibilidade de cláusula contratual instituir juízo arbitral para solução de conflitos advindos de termos impostos em contratos celebrados pela Administração Pública, constituindo-se a arbitragem expediente suficiente de segurança e eficiência.

6. Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. Parecer. Sociedade de Economia Mista prestadora de serviço público. Cláusula Arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. In: *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 19, Ano 6, jan./mar. 2003, São Paulo: Revista dos Tribunais.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARMONA, _____. *Arbitragem e Processo*. Um comentário à Lei 9.307/96. 2. ed., rev., ampl., atual. São Paulo: Atlas, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, vol.13, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DINAMARCO, Júlia Raquel de Queiroz. Arbitragem e Administração Pública. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 101, jan./mar.2001.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. *Laudos Arbitrais Estrangeiros – conhecimento e execução: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7.ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCEZ, José Maria Rossani. O Estado, suas agências, as empresas públicas e as sociedades de que participa na arbitragem privada. Recentes progressos. In: *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 8, jan./mar. 2006.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, vol. 32, 2000.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 233, jul./set. 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A arbitragem e a administração pública. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiúza Editores, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 11.ed., 2005.

LEE, João Bosco. O conceito de arbitralidade nos países do Mercosul. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 8, ano 3, abr./jun. 2000.

LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coord). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

LEMES, _____. Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitralidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiúza Editores, 2004.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 223, jan./mar. 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34.ed., atual. até a Emenda Constitucional 53 de 19.12.2006 e Lei 11.448, de 15.1.2007, Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Compromisso arbitral – nulidade na esfera do direito administrativo. Reajuste de preço com base na variação do dólar: nulidade. Desvio de poder*. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2002, vol. 39.

MELLO, _____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 26. ed. rev. atual., 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos contratos administrativos*. In: *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar, vol. 218/84, jul./set.1997.

MOREIRA NETO, _____; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Arbitragem em contratos firmados com empresas estatais*. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 236, abr./jun. 2004.

PINTO, José Emílio Nunes. *Reflexões indispensáveis sobre a utilização da arbitragem e de meios extrajudiciais de solução de controvérsias*. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coord). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem Brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TALAMINI, Eduardo. *Cabimento de arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 119, jan. 2005.

TIBURCIO, Carmen. A lei de arbitragem e a pretensa inconstitucionalidade de seu art. 7º. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 218, out./dez. 1999.

ZIMMERMANN, Dennys. *Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público*. In: *Revista de mediação e arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, jan./mar. 2007.