

A ARBITRAGEM NOS CONFLITOS ENTRE POLÍTICAS PÚBLICAS

The Arbitration in Conflicts between Public Policy

Eridane Baptista Furlan¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Políticas Públicas. 2. Funções estatais independentes e harmônicas. 3. Ativismo Judicial e Judicialização da Política. 4. Pressupostos do exercício político pelo Poder Judiciário. 5. Prestação Jurisdicional adequada. 6. A arbitragem. 6.1. A arbitragem no Poder Judiciário. 6.2. Legislações com previsão de arbitragem. 6.3. A legislação específica na arbitragem. 7. Interesses indisponíveis. 8. A arbitragem por órgãos e entidades estatais 8.1. Agência reguladora. 8.2. Câmara de conciliação e arbitragem na Administração Federal (CCAF). 8.3. A arbitragem no setor público português 9. Conclusão 10. Bibliografia

RESUMO

O presente artigo investigará o potencial de uso da arbitragem, disciplinada pela Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, na resolução de conflitos estabelecidos entre políticas públicas a partir de sua aplicação por agências reguladoras setoriais e da experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia Geral da União com vistas à melhor efetividade de direitos e garantias fundamentais constitucionalizados, à obtenção do ótimo desempenho das funções estatais, à desobstrução do Poder Judiciário e à mitigação das desigualdades sociais.

ABSTRACT

This paper investigates the potential use of arbitration, regulated by Federal Law nº 9.307 of September 23, 1996, in resolving conflicts between established public policy from its implementation by regulatory agencies and experience of the *Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia Geral da União* with a view to better effectiveness of fundamental rights and guarantees, obtaining optimal performance of state functions, unblock the Judiciary and mitigation of social inequalities.

Palavras-chaves: políticas públicas, agências reguladoras e arbitragem.

Keywords: public policy, regulatory agencies and arbitration.

INTRODUÇÃO

O modelo político-econômico adotado nas últimas décadas manteve uma repartição desigual de rendas causando dificuldades para o alcance do desenvolvimento humano potencial.²

¹ Especialização em Direito Processual Civil, Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo - ESPGE/SP; Especialização em Direito Ambiental, Faculdade de Saúde Pública do Estado de São Paulo - FSP/USP e Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/USP; Master Business Administration - Infraestrutura Fundação Getúlio Vargas - FGV/SP.

² "O IDH do Brasil para 2011 é 0,718. No entanto, quando é descontada a desigualdade do valor, o IDH

Nesse contexto, o legislador da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF), consagrou o Estado Democrático de Direito sob a premissa dos Direitos Humanos, ampliou garantias, criou direitos sociais e reconheceu a existência de interesses coletivos *latu sensu*.³

Mas, a sociedade brasileira ainda está longe de se apresentar totalmente livre, justa e solidária. Em grande parte, a desigualdade social explica-se pela ausência ou insuficiência de políticas públicas eficazes e eficientes, que efetivem os direitos e garantias fundamentais, sociais e coletivos constitucionalmente positivados.⁴

Transcorridos mais de vinte anos da promulgação da Carta Magna, a sociedade aguarda a formulação e a execução de novas políticas públicas, bem como a revisão e a compatibilização das políticas vigentes, que disciplinem harmonicamente os distintos e múltiplos interesses, com ênfase aos menos favorecidos.

1. POLÍTICAS PÚBLICAS

Maria Paula Dallari Bucci ensina-nos que o conceito de política pública não se apresenta uníssono entre os doutrinadores pátrios e sua concepção usual apoia-se equivocadamente na ideia de plano governamental, ainda que ela sempre tenha origem na lei, mesmo quando de iniciativa do Executivo no exercício de função atípica.⁵

Os fundamentos normativos das políticas públicas são diversos. Disposições constitucionais, infraconstitucionais emanadas dos diferentes níveis político-administrativos. Também provêm de medidas provisórias com força de lei, editadas pelo Presidente da República em casos de relevância e urgência, mas sempre submetidas de imediato ao crivo do Congresso Nacional, decretos, portarias e até instrumentos jurídicos subordinados ao regime de Direito Público, como o contrato de concessão objetivando a prestação de serviços públicos.⁶

cai para 0,519, uma perda de 27,7% devido à desigualdade na distribuição dos índices de dimensão. O IDHAD, que vem complementar a leitura feita pelo IDH, mostra que o cidadão brasileiro médio teria quase 30% de risco de não conseguir alcançar o desenvolvimento humano potencial que o país tem para lhe oferecer em função dos obstáculos que as desigualdades podem lhe impor. Nesta área, o Brasil se insere em um contexto semelhante ao da América Latina, onde a desigualdade – em especial de renda – faz parte de um passivo histórico que ainda representa um grande obstáculo para o desenvolvimento humano.” <http://pressroom.ipc-undp.org/2011/brasil-avanca-no-desenvolvimento-humano-e-sobe-uma-posicao-no-ranking-do-idh-2011/?lang=pt-br>, acessado em 16/08/2012 e <http://www.onuhabitat.org/el Estado de Las Ciudades de América Latina y el Caribe>, acessado em 21/08/2012.

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm acessado em 16/08/2012 – preâmbulo.

⁴ BAUMAN, Zigmunt- 1925- Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós- modernidade e intelectuais Zigmunt Bauman; tradução Renato Aguiar – Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo, Revista trimestral de direito público, São Paulo: Editora Malheiros, p. 134-144, 13/1996.

⁶ Constituição Federal de 1988, art. 62.

As políticas públicas, como regra, resultam de complexos processos político-jurídico-administrativos. Esses processos devem conduzir à efetivação da vontade social conhecida, compreendida contextualmente a partir da reunião de todos os saberes, dados, informações e expressões sociais-plurais, pois conforme Morin: “*O todo está na parte, que está no todo*”⁷ e sem a consideração dessa premissa não nos parece viável solucionar ou mitigar as desigualdades sociais.

Eros Grau, discorrendo sobre o aumento da quantidade e do poder da capacidade normativa de conjuntura, ressalta que as políticas públicas podem advir de atos expedidos por agências reguladoras setoriais, que atuam sob o fundamento da delegação legislativa, transferindo-se o exercício de poderes normativos ao Executivo.⁸

A esse respeito Alexandre Mazza alerta-nos sobre a existência de inconstitucionalidades nas leis de criação das agências federais e registra a sujeição dessas entidades aos princípios e normas do regime jurídico-administrativo. A agência no desenvolvimento de suas atribuições normativas subordina-se a todos os limites territoriais, temporais, pessoais e materiais a aos controles do Executivo, Legislativo e Judiciário.⁹

2. FUNÇÕES ESTATAIS INDEPENDENTES E HARMÔNICAS

O estabelecimento de políticas públicas adequadas compreende a efetivação do princípio da eficiência introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que alterou o Art. 37 da CF.

Entretanto, o exercício do poder estatal, além de independente precisa também ser harmônico para refletir a completude do espírito constitucional consubstanciado no elemento independência, este compreendido e aplicado concomitantemente com o elemento harmonia, que em si mesmo traduz-se no conceito de ordem da perfeita integração.

A segregação do exercício de cada função estatal, sem harmonizá-las entre si, implica indesejável distanciamento das realidades consubstanciadas nas diversas políticas públicas e governamentais em curso ou em elaboração.

Ainda, suprime os saberes técnicos e empíricos, desconsidera as diferentes realidades sociais, racionalidades e ações violando princípios constitucionais, especialmente o princípio da razoabilidade e da eficiência.

Essa racionalidade também é imprescindível à adequada prestação jurisdicional, considerando-se, que as desigualdades sociais originam-se, em grande parte, da ausência ou insuficiência de diversas políticas públicas muitas vezes executadas

⁷ MORIN, Edgar – Introdução ao Pensamento Complexo/Edgar Morin: Tradução de Eliane Lisboa – Porto Alegre: Sulina- 3ª. Edição 2007 – p. 75/76.

⁸ GRAU, Eros Roberto, Planejamento Econômico e Regra Jurídica, São Paulo, ed. do autor, 1977, p.69.

⁹ MAZZA, Alexandre – Agências Reguladoras, Malheiros Editores Ltda., 2005, ISBN: 85-7420-587-7, p. 205-207.

de forma desarticulada e desintegrada elevando os índices de judicialização dos mais variados conflitos, inclusive, entre as próprias políticas, seus planejamentos, programas e ações.

No nosso sentir, essa é uma das justificativas para a criação de agências reguladoras, na condição de entidades executivas independentes, dotadas de atribuições decisórias e normativas para editar normas de dimensões técnica, econômico-financeira e social esta última exercida, inclusive, no campo do detalhamento de tipos infracionais para superar situações de baixa densidade normativa.

3. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O assentamento do Estado-providência, na qualidade de agente regulamentador, que protege e defende a população e o agente disciplinador da política e economia, teve como consequência o aumento dos conflitos sociais, que inexoravelmente desembocam no Judiciário e devem ser decididas.

Tal se dá em razão do princípio constitucional da inafastabilidade do acesso à Justiça e da ordem de imediata aplicação de garantias e direitos fundamentais, no que tange aos direitos prestacionais, nos termos do Art. 5º, XXXV e § 1º, CF.

Adicionalmente, a Carta Magna ainda: recepcionou a lei da ação civil pública e da ação popular; introduziu o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo; ratificou a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal (STF) julgar ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) e instituiu arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Houve a ampliação deste rol com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual instituiu a súmula vinculante com o fim de imprimir validade para a interpretação e eficácia aos dispositivos constitucionais tidos como controversos entre órgãos judiciários e Administração Pública impedindo o estabelecimento de inseguranças jurídicas e o aumento da litigiosidade sobre uma mesma matéria.

O contexto da sociedade atual exige que o Poder Judiciário em algumas situações atue além do controle da constitucionalidade das políticas públicas visando a impedir e a conter as violações à Lei Maior, no que tange à efetivação imediata de direitos prestacionais.

Nessa linha, a jurisdição passa a abranger também a avaliação dos atos de governo ou questões políticas à luz das novas finalidades constitucionalmente atribuídas ao Estado em razão da positivação de princípios e do reconhecimento dos direitos de segunda e terceira geração.¹⁰

¹⁰ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos: tradução Carlos Nelson Coutinho – Rio de Janeiro: Campus, 1992.

A efetividade da prestação jurisdicional exige muitas vezes do julgador a criação de caminhos e soluções para a lei que apresente lacunas, indeterminações, generalizações, abstrações e conceitos vagos. Superar tais circunstâncias converge para o exercício do elemento 'vontade discricionária' e denota um viés político-administrativo.

No entanto, subsistem acirradas discussões sobre essa nova forma de atuação do Poder Judiciário, fundamentadas de um lado na existência de violação ao princípio da separação dos poderes culminando no denominado ativismo judicial¹¹ e, de outro no próprio modelo de controle constitucional vigente, permitindo a judicialização da política.

Para Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial consiste na exacerbação do conteúdo de textos normativos mediante o exercício de atividade legislativa pelo Judiciário, situação diversa da interpretação criativa em que o julgador atua considerando parâmetros normativos. Cita, como exemplo, a regulamentação da fidelidade partidária, demarcação de terras indígenas, direito de greve do servidor e nepotismo pelo Supremo Tribunal Federal asseverando:

Não se pode, na interpretação de texto constitucional, chegar a um ponto em que se reescreva o seu conteúdo. O texto é um limitador objetivo, ele existe (...) Existe um equilíbrio entre a norma e interpretação, que é rompido pelo ativismo.¹²

De fato a inércia do Poder Legislativo suscita esse ativismo judicial consoante apontado por Luís Roberto Barroso, em palestra proferida durante o seminário Direito e Desenvolvimento entre o Brasil e EUA, realizado no Tribunal de Justiça fluminense pela Fundação Getúlio Vargas, salientou os benefícios e riscos da judicialização da política:

Não é por acaso que o ativismo se expandiu (...). É preciso uma reforma política urgente, pois não há democracia sem um Poder Legislativo atuante (...). Até aqui, o ativismo tem servido bem. Mas é preciso ter a compreensão do fenômeno. (...) A judicialização é um fato e não uma vontade política do Judiciário; é circunstância do modelo constitucional que nós temos. (...) O juiz dentro do contexto de judicialização, nunca age que não seja em nome de uma vontade política preexistente, que não é a dele; é a que está na Constituição ou na lei.¹³

O palestrante exemplifica o fenômeno com a reforma do Poder Judiciário e da Previdência, os limites na atuação da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), o

¹¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹² RAMOS, Elival da Silva. <http://com.br/2009-ago-01/entrevista>, acessado em 01/03/2013.

¹³ <http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista> acessado em 13 de julho de 2011.

poder investigatório do Ministério Público avaliados judicialmente, mas alerta quanto às possibilidades de excesso.

Para Canela Júnior, o atendimento à finalidade pública justifica essa forma de intervenção pelo Judiciário:

Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de ‘atos de governo’ ou ‘questões políticas’, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (Art. 3º da CF).¹⁴

Assim, sob a ótica do exercício independente e harmônico relativamente às demais funções estatais, a prestação jurisdicional estaria constitucionalmente vinculada ao exercício político nos casos de omissão governamental ou legislativa devendo determinar, a complementação ou implementação de políticas públicas pendentes.

Esse também é o entendimento do Ministro Celso de Mello em voto parcialmente reproduzido:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos Fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes, Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever,

¹⁴ CANELA JÚNIOR, Oswaldo – A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição (trabalho de qualificação de doutorado apresentado à USP sob orientação de Kazuo Watanabe), inédito, PP. 17-19.

por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei do Estado.¹⁵

No entanto, no nosso sentir, a atuação do Poder Judiciário sempre terá a lei como fundamento, caracterizando a citada *interpretação criativa* decorrente da judicialização da política permitida em nosso Direito, ao que compartilhamos o teor do voto proferido em sede de recurso especial, pelo Ministro Luiz Fux:

(...) a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.¹⁶

4. PRESSUPOSTOS DO EXERCÍCIO POLÍTICO PELO JUDICIÁRIO

Além do fundamento normativo concretizado de forma independente e harmônica relativamente às demais funções estatais há que se ponderar também sobre outras condições indispensáveis à pertinência da intervenção política no âmbito da prestação jurisdicional.

De acordo com Ricardo Lobo Torres: *"A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder a quem de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados."*¹⁷

Para Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é parte do princípio da dignidade humana com garantia de eficácia jurídica a ser exigida judicialmente.¹⁸

No entanto, a avaliação do mínimo existencial com o fito de corrigir ou implementar uma política pública, ante a presença de outra política pública igualmente relevante, atrela-se ao cotejo com o princípio da razoabilidade, mensurado pelo princípio da proporcionalidade consoante lição de Eurico Ferraresi:

(...) quando se discute atividade discricionária, discutem-se opções que devem ser tomadas pelo agente público, de forma equilibrada e harmoniosa. (...) evidentemente, o juiz não apenas pode como deve, verificar se a escolha feita pelo Administrador Público respeitou os ditames legais. O que não pode ocorrer é a alteração da escolha feita pelo agente público quando ela não se afigure inapropriada. No momento em que o

¹⁵ RTJ 175/1212-1213.

¹⁶ REsp. 881.323/RN Rel. Min Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 31.03.2008

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo, O mínimo existencial e os direitos fundamentais, Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, n. 42, jul/set.1990, p. 69/70.

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 248 e 252-253.

ordenamento jurídico permite ao agente público atuar com determinado campo de independência, permite-se, discricionariamente, a revisão judicial apenas nos casos em que a escolha feita seja desarrazoada¹⁹

A disponibilidade financeira pública também não pode ser desprezada na implementação de políticas públicas sociais pelo Judiciário, consoante se extrai da decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715- SP, da 2ª. Turma do STF, com relatoria do Ministro Celso de Mello e publicação no DJU em 03.02.06:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à reserva do possível.²⁰

Ada Pellegrini Grinover delinea relevantes pressupostos e limites para a intervenção jurisdicional no controle de políticas públicas, cingindo-os: ao mínimo existencial, que redunde em prestações estatais positivas para assegurar a dignidade humana; a razoabilidade da pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público; – a existência de disponibilidade financeira estatal comprovada, pois se inverte o ônus probatório em desfavor do Estado²¹

5. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ADEQUADA

A ampliação dos direitos e consequentemente das temáticas conflituosas, agregada à cultura dos recursos e litigiosidade evidenciaram a necessidade de um reaparelhamento do Poder Judiciário criando meios de suportar o aumento expressivo da demanda pela prestação jurisdicional e efetivar a sua realização em tempo razoável.

¹⁹ FERRARESI, Eurico, Modelos processuais coletivos: comparação entre ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo. ISBN: 9788530937157 - Editora FOR, I – 2009.

²⁰ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>, acessado em 04/agosto/2011.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 164, p.15.

Mas, o ótimo desempenho do Judiciário não depende somente do exercício independente e harmônico do princípio constitucional da separação dos poderes.

Depende, também, do seu reaparelhamento administrativo, do aumento das atividades legislativas, da revisão do sistema jurídico para que este fomente discussões sociais e plurais, desenvolvidas num ambiente de contraditório e que comporte o alargamento do leque temático de conflitos individuais e coletivos abrangendo, inclusive aqueles estabelecidos entre as políticas públicas em curso.

Além disso, a prestação jurisdicional deve procurar refletir o anseio da sociedade em geral e o resultado extraído de suas manifestações acerca de uma dada matéria, como se observou na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a Constitucionalidade de Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior, em sede de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 e Recurso Extraordinário 597.285/RS.²²

A falta de investimentos suficientes, de recursos materiais, tecnológicos e humanos, além de leis e prazos adequados, aliados à necessidade de mudanças paradigmáticas na atuação dos operadores do Direito, torna a prestação jurisdicional morosa.

A esse respeito, Gajardoni assevera que o tempo ideal para a realização da prestação jurisdicional resulta da soma dos prazos processuais dispostos no Código de Processo Civil para o cumprimento de todos os atos procedimentais e do tempo de trânsito em julgado.²³

Nesse cenário, torna-se atrativo buscar meios alternativos de resolução de conflitos, inclusive, no âmbito do setor público. Entre as alternativas positivadas no ordenamento jurídico pátrio interessa-nos avaliar o potencial uso da arbitragem pelo setor público.

6. A ARBITRAGEM

O instituto da arbitragem era conhecido já na Antiguidade²⁴ e chegou aos nossos dias como um meio de resolução extrajudicial de conflitos internacionalmente reconhecida mediante a adesão aos tratados internacionais que regulam a matéria de diversos países, inclusive, o Brasil.

A CF de 1988 no Art. 5º, § 2º consagrou que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios

²² <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>, acesso em 22/julho/2011.

²³ GAJARDONI, FF, Técnicas de aceleração do processo. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

²⁴ SZLAROWSKY, Leon Fredja. Uma nova visão da arbitragem. NBR 6023:2002 ABNT. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.387, 29 jul.2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5468>>. Acesso em 18/julho/2011.

*por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.*²⁵

Assim, o Brasil participa do Protocolo de Genebra, relativo às cláusulas de arbitragem; o Protocolo de Las Leñas de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa; o Protocolo de Brasília sobre soluções de controvérsias e Protocolo de Ouro Preto, adicional ao Tratado de Assunção sobre Estrutura Institucional do Mercosul; o Protocolo de Olivos para Soluções de Controvérsias do Mercosul e Acordo sobre a Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul - Convenção de Buenos Aires sobre arbitragem comercial do Mercosul e Lei Modelo Uncitral sobre arbitragem comercial internacional.

Em 2002, ratificou a adesão à Convenção de Nova York, que regula o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, da Convenção do Panamá sobre arbitragem comercial, da Convenção de Montevidéu sobre a eficácia extraterritorial das sentenças laudos arbitrais estrangeiros.

A CF/88, ainda no Art. 98, confere competência legislativa à União, Estados e ao Distrito Federal para a criação de juizados especiais. Estes são providos por juízes togados e leigos visando à conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e às infrações penais de menor potencial ofensivo. Trata-se de processo oral, sumarríssimo em que se faculta a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Igualmente, no parágrafo primeiro do Art. 114 admite a eleição de árbitros para solucionar negociação trabalhista coletiva que resulte frustrada, bem como nos litígios com origem em cumprimento de sentenças da Justiça do Trabalho.

6.1. A Arbitragem no Poder Judiciário

No Poder Judiciário, são recorrentes as demandas visando ao exame de legalidade e incidência da arbitragem.

Nessa toada, sobressai o emblemático Caso Lage.²⁶

A União editou Decreto-lei nº 4.618, de 02 de setembro de 1942 incorporando ao patrimônio nacional bens e direitos das Organizações Lage. Em 06 de setembro de 1944 o Decreto-lei nº 7.024 determinou a liquidação das empresas que integravam as organizações e a incorporação restrita aos bens de navegação, estaleiros

²⁵ Cf. Constituição Federal de 1988, <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>

²⁶ O STF considerou válida a arbitragem solucionadora de pendência de valor decorrente de desapropriação de bens com as Organizações Lage, formada por empresas privadas e a União para atuar no setor de navegação, estaleiros e portos (STF Agravo de Instrumento nº 52.181-GB, Rel. Min. Bilac Pinto, de 14.11.1973, RTJ 88/382).

e portos com a restituição do restante mediante arbitragem como instância única, consoante disposto no Decreto nº 9.251, de 26 de julho de 1946.

Tal medida resultou num laudo unânime balizando a abertura de crédito especial para adimplemento com posterior pleito ao Senado visando à suplementação, que por sua vez resultou deferido. Todavia, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional imputou por inconstitucional a submissão da matéria indenizatória ao juízo arbitral.

Posteriormente, no Agravo de Instrumento nº 52.181– Guanabara, de relatoria do Ministro Bilac Pinto, julgado em 31 de outubro de 1973, examinou-se a abrangência da responsabilidade estatal por danos e a valoração de ativos de empresas nacionalizadas firmando-se a arbitragem como instrumento legítimo de fixação de justo valor indenizatório em favor do espólio de Henrique e de Renaud Lage em face da União.²⁷ Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou incidente de inconstitucionalidade, oriundo de pedido homologatório para uma sentença espanhola, decidindo-se pela constitucionalidade da lei de arbitragem, em processo de sentença estrangeira contestada – SEC nº 5.206, que se tornou um *leading case*.²⁸

Nesse episódio, o STF julgou inexistente qualquer violação em face do princípio da inafastabilidade do acesso do cidadão ao Poder Judiciário conforme pode extrair-se da transcrição de trecho do voto favorável proferido pelo Ministro Carlos Velloso: “O inciso XXXV representa um direito à ação não um dever.”²⁹

Ainda, analisando outra situação o Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno – em sede de sentença estrangeira contestada SEC nº 6.753-7 oriunda do Reino Unido da Grã Bretanha e da Irlanda do Norte, Acórdão de 13/06/2002, DJ de 04/10/2002, Ementário nº 2.085-2 6 assim julgou:

A convenção de arbitragem é a fonte ordinária do direito processual arbitral, espécie destinada à solução privada dos conflitos de interesses e que tem por fundamento maior autonomia da vontade das partes. Estas, espontaneamente, optam em submeter os litígios existentes ou que venham a surgir nas relações negociais à decisão de um árbitro, dispondo da jurisdição estatal comum³⁰

Nessa mesma linha segue, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que vem homologando decisões estrangeiras e impedindo recursos impertinentes

²⁷ RTJ 68/382.

²⁸ http://www.conjur.com.br/2001-dez-14/stf_declara_lei_arbitragem_constitucional. Acessado em 12 de julho de 2011.

²⁹ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1624362> Acessado em 18 de julho de 2011.

³⁰ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1624362> Acessado em 18 de julho de 2011.

contra as decisões arbitrais bem como reafirmando a aplicação do instituto na solução de litígios em matéria administrativa.

Como exemplo, citamos o provimento parcial proferido pela 2ª. Turma no Recurso Especial nº 612.439-RS, que apreciou contrato de compra e venda de energia elétrica entre sociedade de economia mista estadual e empresa privada e o Recurso Especial nº 606.345-RS, que concluiu pela eficácia da cláusula compromissória pactuada.

Ainda, o aresto da 1ª. Seção, proferido no Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308-DF em que o STJ acolheu o instituto da arbitragem visando à contratação de arrendamento de instalações portuárias.³¹

Assim, parece-nos possível inferir um posicionamento favorável do Poder Judiciário relativamente à adoção do instituto da arbitragem no setor público para algumas situações.

6.2. Legislações com Previsão de Arbitragem

O instituto está presente de forma esparsa em diversas legislações.

No direito societário a admissão de árbitros como meio de dirimir as dúvidas era prevista no Código Comercial de 1850, Art. 302, item 5.1 como requisito essencial do instrumento de constituição da social, extinto pela Lei nº 1.350 e substituído por um juízo arbitral facultativo introduzido pela Lei nº 3.900/1867.

O Código Civil no Capítulo XX – Do Compromisso admite a solução extrajudicial de litígios entre pessoas que possam contratar e a instituição de cláusula compromissória para estabelecimento de juízo arbitral, consoante regras a legislação de regência específica. Pelo Código de Processo Civil, Art. 267, o processo extingue-se sem resolução de mérito, pela convenção de arbitragem.

Na Lei Federal nº 8.666/93, que rege as licitações e contratações públicas, o art. 54 aplicado supletivamente aos contratos administrativos e os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado autorizariam, em tese, a utilização da arbitragem.

A Lei nº 8.693/93, que disciplina a descentralização do transporte ferroviário coletivo de passageiros urbano e suburbano de todos os entes federados, no art. 8º autoriza a celebração de acordos entre a Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima – (RFFSA) e a Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU).

³¹ REsp 612.439-RS e 606.345-RS e Ag Reg MS n/ 11.308-DF, respectivamente proferidos em 25/05/2005, 17/05/2007 e 28/06/2006, acessados em 02/agosto/2011

No Art. 23, XV da Lei Federal nº 8.987/95, que regulamenta as concessões e permissões de serviços públicos há exigência de cláusula essencial definindo o foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais.

Nas telecomunicações, o Art. 93 da Lei Federal nº 9.472/97 que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e disciplinou o contrato de concessão do setor determina a indicação do modo amigável para a solução extrajudicial de controvérsias.

Igualmente, a Lei Federal nº 9.478/97 de criação da Agência Nacional do Petróleo (ANP) e a Lei Federal nº 10.233/2001 que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) e os contratos internacionais regidos pela Lei nº 1.518/51 e Decreto-lei nº 1.312/74 determinou a inclusão do instituto na resolução de controvérsias contratuais do setor, incluindo a conciliação e arbitragem internacional.

Após as alterações produzidas pela Lei nº 10.303/2001 na Lei de Sociedade por Ações nº 6.404/76 sua aplicação ganhou mais solidez na resolução de questões entre acionistas e empresas que tenham como pressuposto a cooperação entre partes, proporcionando-lhes a melhor solução e celeridade.

Em 2002, a Lei Federal nº 10.343, que introduziu o Mercado Atacadista de Energia Elétrica adotou a arbitragem como forma de solução dos conflitos. Da mesma forma, o contrato de adesão nas permissões e autorizações de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, conforme Decreto nº 2.521/98.

É de se citar o Decreto nº 4.311/2003, que promulga a convenção sobre o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras; o Decreto nº 4.719/2003 que, promulga o acordo sobre arbitragem comercial internacional do Mercosul; o Decreto nº 1.312/74, que autoriza o Executivo a dar garantia do Tesouro Nacional a operações de créditos obtidos no exterior, e no Art. 11 autoriza a aceitação de cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais inclusive a assunção de compromisso geral e antecipado para dirimir por arbitramento as questões contratuais.

A Lei nº 10.848/2004, que criou a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) para comercialização de energia elétrica prevê que a resolução das divergências ocorrerá por arbitragem.

Por sua vez, a Lei Federal nº 11.786, de 2008, relativa ao Banco Nacional do Desenvolvimento BNDES, alterou o Art. 5º, parágrafo único da que passou a ter a seguinte redação: “As operações referidas neste art. poderão formalizar-se no exterior, quando necessário, para o que fica a empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES autorizada a constituir subsidiárias no exterior e a aceitar as cláusulas usuais em contratos internacionais, entre elas a de arbitramento.”

6.3. A Legislação Específica da Arbitragem

Mas, a arbitragem propriamente dita foi disciplinada pela Lei Federal nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 constituindo-se em um instrumento jurídico destinado à resolução extrajudicial de conflitos, que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Os motivos determinantes de sua existência, entre outros, decorrem dos princípios da celeridade, informalidade, economicidade processuais, ainda da necessidade de viabilizar a prestação jurisdicional em um tempo razoável de modo que se efetivem os direitos e garantias e descongestionem a demanda do Poder Judiciário.

A arbitragem é entendida como um negócio jurídico denominado por convenção de arbitragem, viabilizada em contrato, na forma de cláusula compromissória ou por meio de compromisso arbitral em que as partes acordam dispensar o Judiciário para dirimir determinada demanda em curso. Será institucional quando as partes elegerem uma instituição para gerir o procedimento com regras já existentes, aceitas pelas partes na estruturação da convenção arbitral.

A autonomia da vontade das partes, a boa-fé e a responsabilidade são pre-valentes; as partes definem os procedimentos disciplinares do processo, estipulam o prazo final para a sua condução e indicam os árbitros que avaliarão e decidirão o conflito instaurado.

Os princípios norteadores do instituto consubstanciam: a) autonomia da vontade; b) livre eleição da lei aplicável, observados os bons costumes e a ordem pública, c) competência; d) jurisdição por equidade e princípios gerais do direito, e) devido processo legal com garantia de contraditório, ampla defesa, f) imparcialidade e independência jurídica dos árbitros, g) livre convencimento motivado pelos árbitros e h) aplicação de outros princípios constitucionais.

É possível vislumbrar a jurisdicionalidade da arbitragem ante a presença de identidade de obrigações, requisitos e efeitos, característicos às sentenças judiciais presentes também no laudo ou, melhor, na sentença arbitral, conforme nos revelam os Arts. 26, 32 e 33 todos da Lei federal nº 9.307/96. Assim, a sentença arbitral quanto aos efeitos, igualmente, constitui-se em título executivo judicial, da mesma forma que a decisão proferida pelo juízo estatal, dispensando homologação pelo Judiciário, quando proferida em âmbito nacional.

A cláusula arbitral tem efeito vinculante para as partes e a coisa julgada material da sentença arbitral constituirá título executivo judicial. A cláusula compromissória apresenta-se autônoma relativamente ao contrato, de modo que, caso este seja anulado aquela não será afetada.

A natureza jurídica da cláusula compromissória é a de um negócio jurídico apto por si só para instituir a arbitragem. Pode ser vazia ou patológica quando os requisitos forem insuficientes para iniciar a arbitragem demandando o suprimento por meio de elaboração conjunta de um compromisso arbitral ou intervenção do Poder Judiciário para que se institua a arbitragem.

Também, pode ser escalonada, o que obriga a composição amigável de regra por intermédio da negociação ou mediação e sempre previamente ao início da arbitragem, sob pena de nulidade do respectivo procedimento.

A cláusula compromissória, também pode ser “cheia”, quando possuir todos os requisitos independentemente da celebração de compromisso arbitral, ou seja, local, legislação aplicável, idioma, número de árbitros, tipo de arbitragem: *ad hoc* ou institucional.

Na modalidade *ad hoc*, ou avulsa, as partes devem fixar as regras do procedimento e da arbitragem e as normas, escolhendo de mútuo acordo os profissionais que participarão. É possível adotar regras novas, preexistentes ou mistas. Diferentemente, o compromisso arbitral aplica-se no caso de cláusula compromissória vazia, sendo firmado em juízo por acordo ou imposição de sentença judicial.

Os principais argumentos favoráveis à arbitragem convergem para uma maior liberdade das partes, celeridade procedimental, flexibilidade, informalidade, especialização dos árbitros, aprofundamento nas matérias em razão da menor quantidade de processos impostos ao árbitro, o sigilo, uma melhor relação custo-benefício e o julgamento por equidade.

A esse respeito Carmona nos ensina que: ‘(...) A expressão julgamento por equidade expressa a ideia de equidade substitutiva, ou seja, autorização para deixar de lado as normas de direito posto e julgar segundo o que parecer mais justo no caso concreto.’³²

Reforça esse entendimento, o Art. 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em vigor mediante a Lei nº 12.376/10, ao prever que a aplicação da lei pelo juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, propiciando condições teóricas de aplicação da norma de acordo com o momento e o contexto social em que produzirá seus efeitos.

A equidade aplica-se somente em casos autorizados por lei consoante dispõe o Código de Processo Civil Art. 127: O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei’, como se dá com a lei de arbitragem.

Nessa esteira, a Lei de Introdução ao Código Civil arrola hierarquicamente as demais fontes formais do Direito que devem balizar o julgador, seja ele togado ou eleito pelas partes: ‘Art. 4º – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.’³³

Adicionalmente, o Código Civil de 2002 dispõe no Art. 113: ‘Que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.’³⁴

Em todas essas disposições nota-se a aderência com o princípio da hierarquia normativa inspirado em Kelsen e recepcionado constitucionalmente. Assim,

³² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

³³ http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm, acessado em 22/julho/2011.

³⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, acessado em 22/julho/2011.

consagra-se que a própria norma autorizará o julgador o uso de outras fontes do Direito.

No que concerne às desvantagens e riscos na adoção da arbitragem, consideramos relevante apenas um. Trata-se da ausência de poder de polícia, que impõe ao árbitro recorrer ao juiz togado para dar cumprimento à medida liminar deferida em sede de arbitragem ou para a execução da decisão arbitral suscitando demora na obtenção do benefício concedido.

As demais hipóteses de desvantagens, a exemplo do tráfico de influências, da emissão de laudos arbitrais sem os requisitos legais necessários à validade e da atuação insatisfatória dos árbitros também podem ocorrer na prestação jurisdicional.

A onerosidade da arbitragem institucional, na contratação de profissionais especializados para assegurar uma decisão confiável poderia ser uma desvantagem, em tese, todavia, essa situação é possível também no Judiciário. Na prestação judicial, esses profissionais atuam como assistentes do perito, nomeado pelo juiz.

Entretanto, o juiz, poderá ou não ser tecnicamente especializado sobre a matéria envolvida, tendo a prerrogativa de decidi-la sem restar adstrito à conclusão dos laudos periciais e dos assistentes contratados pelas partes. Isso não deixa de ser um risco e ônus, ao passo que, na arbitragem tal situação pode ser evitada com a contratação de árbitro especializado.

A incidência da Lei de Arbitragem demanda a presença de direito disponível, acrescentando-se, ainda, o conceito de patrimonialidade, tipificado pela percepção valorativa de cunho econômico-financeiro ao direito pleiteado, excluídos, portanto, os direitos e garantias individuais e coletivos considerados fundamentais.

As condições para a habilitação na arbitragem consistem na tipificação de litígio que objetive direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, passíveis de transação pelo seu titular a exemplo dos institutos jurídicos da renúncia, cessão e transferência.

7. INTERESSES INDISPONÍVEIS

Existem situações em que matéria de ordem pública se faz presente, sem prejuízo do uso da arbitragem, pois focalizam direitos patrimoniais disponíveis como no caso da fixação do montante relativo aos alimentos ou relativos ao patrimônio das pessoas em regime de união estável, ainda, na recuperação extrajudicial de empresas, nos contratos formalizados com pessoas de direito público, sociedades de economia mista envolvendo questões econômicas passíveis de transação e disponíveis. Os direitos que não possam ser valorados não são arbitráveis e representam exceção à regra da disponibilidade.

Nesse sentido, são considerados indisponíveis todos os direitos e garantias fundamentais, posto que referentes às condições básicas da existência humana digna. Estes, quando positivados, refletem o conjunto das prerrogativas e instituições que viabilizam a liberdade e igualdade que fundamentam a sociedade política.

Encontram-se exemplificados no Art. 5º da Constituição Federal de 1988, não excluindo outros decorrentes do regime e princípios constitucionalmente adotados, além de outros previstos nos tratados internacionais em que haja a participação da República Federativa do Brasil.

De acordo com Talamini, será arbitrável tudo aquilo que for suscetível de reconhecimento de falta de razão pela Administração Pública.³⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello focalizando a disponibilidade de interesses na órbita da atuação administrativa assim leciona:

Uma vez que a atividade administrativa é subordinada à lei, e firmado que a administração assim como as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente, compreende-se que estejam submetidos aos seguintes princípios: a) da legalidade, com suas implicações ou decorrências; a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado.³⁶

Ao contrário, Fábio Pedro Alem, entende que não se confundem a indisponibilidade do interesse público com a disponibilidade de direitos patrimoniais, abrindo-se margem à aplicação da arbitragem na solução sobre interesses de natureza econômica da Administração Pública.³⁷

Igualmente, Carmona conclui que: *“A arbitragem, portanto, coloca-se como opção válida para a solução de litígios, não se podendo confundir disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais com disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.”*³⁸

Nessa esteira, prossegue Alexandre Freitas Câmara, defendendo o uso do instituto, nos conflitos de interesses sobre atos negociais praticados pelo Estado em posição de igualdade com o particular, todavia, excluindo a hipótese para

³⁵ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). In: ___. (Coord.) Parcerias Público Privadas: Um enfoque multidisciplinar. São Paulo: RT, 2005, p. 340.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 11ª. ed. Editora Malheiros. São Paulo, 1999. P.56

³⁷ ALEM, Fábio Pedro, Col. Prática do Direito, v. 16, Ed Saraiva, 2009

³⁸ CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e processo: Um Comentário à Lei n. 9.307/96. 2ª. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p. 66.

contratos administrativos, posto que caracterizados pela presença de direitos públicos indisponíveis.³⁹

Por sua vez, Luiz Fernando Moura mesmo constatando que os interesses da Administração Pública são indisponíveis, por objetivarem o atendimento imediato do interesse público admite a existência de interesses disponíveis passíveis de renúncia quando relativos a direitos contratuais privados, mas conclui pela inaplicabilidade do instituto.⁴⁰

Contrariamente Eduardo Talamini leciona que:

Cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em Juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial (v. a seguir) e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. (...) O interesse tem caráter patrimonial não apenas quando seu objeto diretamente se reveste de aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico.⁴¹

Nessa esteira, Marçal Justen Filho complementa:

A disponibilidade para impor a arbitragem é a mesma para criar direitos e obrigações por via consensual. (...) Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa.⁴²

Caio Tácito argumenta que:

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

³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem – Lei nº 9.307/96 - 5ª edição, revista, ampliada e atualizada. 2009, Lumen Juris.

⁴⁰ MOURA, Luiz Fernando. <http://jus.uol.com.br/revista/autor/luiz-fernando-de-moura-ramos>, acessado em 22/julho/2011.

⁴¹ Arbitragem e Parceria público Privada (PPP). In: *Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar* (coord. Eduardo Talamini e Monica Spezia Justen). São Paulo: RT2005, p.343 e 345.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.778.

Em suma, nem todos os contratos administrativos envolvem, necessariamente, direitos indisponíveis da administração.⁴³

Entretanto, o entendimento do Tribunal de Contas da União é contrário, como refletido no acórdão TC 537/2006, da 2ª. Câmara – DOU 17/3/2006 – de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues e Acórdão 1.099/2006 – DOU 17/7/2006 – Plenário e relatoria do Ministro Augusto Nardes assentaram que a ausência de autorização legislativa impede a utilização da arbitragem em litígios envolvendo a Administração.⁴⁴

A esse respeito, Leon Frejda Szklarowsky defende a inclusão de norma à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 admitindo a arbitragem no âmbito das licitações e contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas e jurídicas, inclusive domiciliadas no estrangeiro, desde que mediante a presença de representante do Poder Público licitante ou contratante, além de previsão no edital e contrato.⁴⁵

O relator Ministro Luiz Fux, em voto exarado no Mandado de Segurança nº 11308, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, enfrenta e rechaça as teses contrárias ao uso da arbitragem com os argumentos calcados na opção constitucional para a sociedade de economia mista, e na atual doutrina administrativista, que traz a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário.

Assevera o Ministro relator, que a adoção do compromisso arbitral insere-se na opção de gerência dos interesses e poderes internos da administração, como interesse público secundário, projetando para o interesse público primário, que seria no caso, a adoção da forma menos dispendiosa para solucionar o conflito.⁴⁶

A arbitragem é aceita nas sociedades de economia mista, empresas públicas, organizações sociais, fundações privadas, organizações da sociedade civil consideradas de interesse público, para as quais sejam destinados recursos públicos e a atuação administrativa e privada são fronteiras entre si, impondo maior celeridade, autonomia e independência nas decisões.

O instituto, muitas vezes, poderá proporcionar um melhor desempenho das funções na consecução dos interesses públicos, especialmente quando estes versarem sobre questões de alta complexidade técnica seja econômico-financeiro, contábil, de engenharia ou de qualquer área que extrapole a ciência do direito.

⁴³ TÁCITO, Caio. O Juízo Arbitral em Direito Administrativo. In: Garcez, José Maria Rossani, MARTINS, Pedro Batista. Reflexões sobre a Arbitragem. São Paulo: LTr, 2002. p.27.

⁴⁴ Tribunal de Contas da União ac. TC 537/2006, da 2ª. Câmara – DOU 17/3/2006 – rel. Min. Walton Alencar Rodrigues e Ac. 1.099/2006 – DOU 17/7/2006 – Plenário – rel. Min. Augusto Nardes.

⁴⁵ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. <http://www.factum.com.br/artigos/010.htm>, acessado em 22/julho/ 2011.

⁴⁶ <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7147580/agravo-regimental-no-mandado-de-seguranca-agr-no-ms-11308-df-2005-0212763-0-stj/inteiro-teor>, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Luiz Fux,

A indisponibilidade do interesse público primário não se confunde com a disponibilidade de direitos patrimoniais, inclusive, quando representam o interesse econômico da Administração Pública, o que tornaria viável, em tese, a aplicação da arbitragem para dirimir algumas hipóteses de conflitos públicos.

Para Nilton César Antunes da Costa:

(...) deve existir relação harmoniosa e cooperativa entre a atividade jurisdicional estatal e arbitral, sob pena de fazer com que o jurisdicionado perca um meio alternativo de resolução de conflitos bastante salutar e democrático, que prima pela participação do povo na administração da justiça.⁴⁷

Por outro lado, tem-se que a confidencialidade, elemento caracterizador da arbitragem, é juridicamente incompatível nos processos da Administração Pública regidos pelo princípio da publicidade, mesmo quando se trate de direitos patrimoniais disponíveis.

Nesse sentido, parece-nos que diante da confidencialidade compulsória desceria a arbitragem, pois o Estado quando atua na mesma condição do particular não deverá invocar as prerrogativas inerentes à defesa incondicional do interesse público.

8. A ARBITRAGEM POR ÓRGÃOS E ENTIDADES ESTATAIS

Por outro lado, interessa-nos averiguar a natureza da arbitragem aplicada por órgãos e entidades estatais, especialmente pelas agências atuantes sobre setores regulados e pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia Geral da União.

8.1. Agência Reguladora

Cumprе dizer que o poder normativo da agência reguladora limita-se às disposições constitucionais e legais, ao que citamos Marçal Justen Filho: "(...) uma agência não pode fazer algo além ou diverso do que seria reconhecido ao Poder Executivo, em matéria de produção normativa".⁴⁸

No tocante à atuação da agência reguladora na função arbitral Luiz Ricardo Trindade Baccellar entendendo que a função jurisdicional não é mais um monopólio do Judiciário afirma que: "(...) nada impede que uma agência reguladora venha a funcionar

⁴⁷ COSTA, Nilton César Antunes da. Poderes do Árbitro: de acordo com a Lei n. 9.307/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 82.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. Dialética, 2002.

como tribunal arbitral, exercitando plenamente sua função jurisdicional, havendo ao revés enorme vantagem, visto que detentora de conhecimento técnico específico do setor.⁴⁹

Mas, não é bem assim, como bem ilustra José Luís Esquível:

(...) o facto de a lei reconhecer competência a uma entidade administrativa para decidir, num primeiro momento, um litígio entre particulares ou até entre outras entidades administrativas, não pode significar imediatamente a conversão dessa entidade administrativa numa entidade jurisdicional uma vez que, por mais relevantes que possam ser as decisões ou actos resultantes da atividade administrativa arbitral, ‘ não são eles que individualizam as funções do Estado ou que afectam o núcleo específico dos órgãos a que são cometidos.’⁵⁰

Além disso, as agências não se submetem ao princípio constitucional da inércia da jurisdição, e a arbitragem demanda a voluntariedade das partes, cuja manifestação de vontade que não pode ser substituída pela lei.

A decisão da agência reguladora sujeita-se ao recurso administrativo desenvolvido sob os princípios e preceitos de direito público e à revisão jurisdicional. Ainda, caso essa entidade encontre-se na condição de terceiro não estará obrigada a participar de processo arbitral ou mesmo se submeter aos efeitos de uma decisão arbitral.

Estudo desenvolvido por André Cardoso Guskow destinado à obra coletiva sobre arbitragem no Poder Público propõe as seguintes condições para o uso da arbitragem em conflitos sobre normas regulatórias:

(a) o conflito derive da aplicação concreta da norma regulatória geral editada pela agência ou envolva a edição de norma regulatória de efeitos concretos e imediatos; (b) o conflito apresente objeto suscetível de submissão à arbitragem; e (c) exista previsão de solução de conflitos pela via arbitral. (...) jamais a emissão de norma regulatória específica pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral.⁵¹

Mas, para Alexandre Freitas Câmara:

(...) nos conflitos envolvendo sua atividade típica, ou seja, a fiscalização de determinada atividade que corresponda a algum serviço público

⁴⁹ BACCELLAR, Luiz Ricardo Trindade, Função jurisdicional das agências reguladoras. *Revista de Processo*, n. 111, jun./set. 2003, p. 157

⁵⁰ ESQUIVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra, Almedina, 2004.

⁵¹ CARDOSO, André Guskow, ISBN 978-85-02-09143-6. *Arbitragem e poder público/coordenação* Cesar A. Guimarães Pereira, Eduardo Talamini. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.30.

ou a alguma área econômica em que atuação dependa de concessão ou permissão, a arbitragem não poderá ser empregada como método de composição, já envolvidos interesses indisponíveis (...) as agências reguladoras não podem atuar como cortes arbitrais.⁵²

Adicionalmente, Mauro Roberto Gomes de Mattos assevera:

(...) todas as cláusulas que impliquem remissão, transação ou renúncia de direitos de conteúdo público, como as relativas ao exercício do poder de polícia, do poder impositivo, das bases das tarifas, da disposição do domínio público, de controlar a prestação dos serviços concedidos não são admitidos no juízo arbitral, por serem enquadrados como direitos indisponíveis e como tal insuscetível da solução extrajudicial.⁵³

Nesse sentido, mister se faz citar o magistério de Luiza Rangel de Moraes:

A atribuição, que normalmente consta da disciplina das agências reguladoras, no âmbito dos serviços públicos, de compor conflitos entre os agentes subordinados à sua competência não configura autêntica arbitragem. Essa atuação desenvolve-se no risco de um processo administrativo, que não pode ser confundido como processo de arbitragem.⁵⁴

Entendimento análogo apresenta a Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao analisar a Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472/97:

(...) a função de árbitro foi conferida à Agência, certamente inspirada pelo direito norte-americano, em que as agências desempenham funções quase judiciais sobre as decisões proferidas pelas agências. No caso da Lei Geral de Telecomunicações e também da Resolução n.1, o próprio vocábulo arbitragem é mal empregado porque gera confusão com o instituto definido pela Lei de Arbitragem: o árbitro não é escolhido pelas partes em conflito; a arbitragem não se baseia na ideia da confiança no árbitro; e não é livremente convencionada pelas partes em conflito; ela é imposta pela lei. Em consequência, não pode a decisão proferida pela

⁵² CÂMARA, Alexandre de Freitas. Arbitragem nos conflitos envolvendo agências reguladoras. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, n. 11, 2002.

⁵³ Contrato Administrativo e a Lei de Arbitragem. Revista de Direito Administrativo – RDA, n 233, p.115.

⁵⁴ MORAES, Luiz Rangel de, Arbitragem e agências reguladoras. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 2, maio/ago2004, RTR, p.

Agência ter caráter definitivo. Ela sempre será passível de apreciação judicial por exigência do Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição.⁵⁵

Igualmente Paulo Brancher adota tal posição ao examinar os conflitos entre prestadores de serviços de telecomunicações e usuários:

(...) trata-se de hipótese em que o próprio Poder Executivo age no sentido de mediar e dispor sobre os conflitos, visando à sua solução. Nesse sentido, qualquer procedimento iniciado e direcionado à Agência tratar-se-á de verdadeiro processo administrativo e não de arbitragem nos moldes da Lei n. 9.307/96.⁵⁶

Portanto, em que pese a possibilidade da agência reguladora valer-se de alguns pressupostos gerais da Lei federal nº 9.307/96 na resolução de conflitos entre agentes de um dado setor verifica-se apenas o exercício de uma função típica e inerente à própria atuação administrativa não se confundindo com o instituto da arbitragem propriamente dito.

8.2. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF)

Igualmente, ocorre com a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal-CCAF da Advocacia Geral da União, criada mediante o Ato Regimento nº 5 de 27 de setembro de 2007. Seu escopo visa à solução de controvérsias postas entre os órgãos e as entidades públicas federais, Administração Federal e Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal, por meio da conciliação ou da arbitragem, sob o fundamento da cooperação e do diálogo e com a observância dos princípios constitucionais federais e do Direito Administrativo.

A atuação da CCAF pode ser compreendida mediante cartilha postada no sítio da AGU e Ementário de Conciliação e Arbitragem de 2007 e 2008, disponível no site da AGU, mantido da WEB.⁵⁷

Do referido ementário sobressaiu o conflito ambiental estabelecido entre a União e a Usina de Xingó da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (CHESF) A ação civil pública ambiental proposta pelo Ministério Público foi extinta sem julgamento de mérito por falta de interesse de agir manifestada com a validação técnica

⁵⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 4. Ed. Atlas, 2002, p. 384

⁵⁶ BRANCHER, Paulo, Soluções de controvérsia e as agências reguladoras. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.1, jan./mar. 2004, p.48.

⁵⁷ <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/Publicacao/EmentarioConciliacao.aspx>, acessado em 29/julho/2011.

do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais (IBAMA), em relação aos resultados e estudos técnicos obtidos extrajudicialmente pela referida empresa.

Tais estudos provavam a ausência de nexo causal entre o evento ambiental imputado e as atividades da usina e o IBAMA, na condição de entidade ambiental da União, ao exercer plenamente as suas funções técnicas contribuiu para a solução da demanda judicial ambiental.

Sua atuação, ainda que de efeitos reflexos, denota uma funcionalidade arbitral sobre a ação. Essa funcionalidade de natureza executiva induziu à solução da demanda, conciliando tecnicamente a divergência estabelecida entre a União e a CHESF, companhia integrante da Administração Pública federal Indireta.

O ementário da CAFF traz outras hipóteses, agora, na esfera administrativa federal ao exemplo dos processos - 00407.001676/2007-22 - 00400.000857/2007-00, versando sobre controvérsias tributárias estabelecidas entre órgãos e entidades da Administração Federal, encaminhados para Advogada Geral da União que determina a solução arbitral perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF).

Mas, da mesma forma que ocorre com a arbitragem desenvolvida no âmbito das agências reguladoras, a atuação da CCAF é de natureza meramente administrativa para a qual a AGU é constitucional e legalmente vocacionada. A conciliação e a arbitragem operadas na CCAF não se referem, propriamente, à arbitragem da Lei Federal nº 9.307/96, conquanto possam se apoiar nos requisitos e critérios dela.

O modelo faz parte da atual política pública federal adotada em face da cultura da litigiosidade no âmbito da Administração. O objetivo principal é aprimorar na esfera federal a execução das políticas públicas e a interlocução com os demais entes federados evitando a proliferação de conflitos entre órgãos e entidades da própria Administração, minimizando sua judicialização e retirando do Judiciário as demandas em andamento.

No âmbito estadual, considerando-se as atribuições de assessoria e consultoria inerentes às Procuradorias-Gerais, esse modelo poderia ser replicado.

8.3. A Arbitragem no Setor Público Português

Já na experiência internacional encontramos avanços significativos na utilização da arbitragem. É o caso da Administração Pública Portuguesa, que com a publicação do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais mediante o Decreto-Lei nº 129 de 27 de abril de 1984 e, depois do Código de Processo nos Tribunais Administrativos

– Lei nº 15, de 22 de fevereiro de 2002, alterado pela Lei nº 4-A de 19 de fevereiro de 2003, consagrou-se uma arbitragem de natureza potestativa para a Administração.⁵⁸

De acordo com o Art. 182 desse referido *códex* faculta-se unilateralmente ao administrado exigir da Administração Pública que celebre compromisso arbitral. A arbitragem não resulta da autonomia da vontade das partes, mas de uma faculdade legal a ser exercida pelo administrado e imposta ao Estado, aplicando-se quanto à constituição e funcionamento do tribunal arbitral os pressupostos da arbitragem voluntária e admitindo-se recursos para o Tribunal Central Administrativo (art. 27 da Lei de Arbitragem Voluntária)

No contexto jurídico legal lusitano são arbitráveis os litígios sobre questões relativas a contratos administrativos, inclusive aqueles decorrentes dos atos administrativos de execução; responsabilidade civil extracontratual e efetivação do direito de regresso e atos administrativos passíveis de revogação sob outros fundamentos que não resvalam sobre a sua validade e o controle incidental de normas regulamentares para viabilizar o conhecimento de outras matérias administrativas.

Excepcionam-se o mérito dos atos administrativos, os atos administrativos preparatórios da celebração de contratos, o contencioso geral dos atos administrativos e as normas regulamentares avaliadas como questões principais.

9. CONCLUSÃO

De todo exposto, observa-se que o instituo da arbitragem utilizada pelo Estado na formulação ou na execução de políticas públicas, ainda, na resolução de conflitos entre políticas públicas, políticas governamentais setoriais ou interseoriais, mediante os seus órgãos ou entidades administrativas diretas ou indiretas, não se confunde com a arbitragem disciplinada pela Lei Federal nº 9.307/96, ainda que se utilizem alguns de seus elementos, pois se trata de atividade estatal primária.

A resolução de conflitos na forma de sua legislação específica ou esparsa a arbitragem parece-nos autorizada apenas nos casos em que o Estado figure na posição de particular, ou seja, quando não houver discussão envolvendo direitos indisponíveis.

No entanto, a arbitragem disciplinada pela LF 9.307/96, como a atividade arbitral exercida pelo Estado, no âmbito de suas incidências apresentam-se eficazes e eficientes ao aprimoramento das políticas públicas, do desempenho das funções estatais, reduzindo a demanda do Poder Judiciário, induzindo à otimização do exercício da função jurisdicional na efetivação de direitos e garantias individuais e sociais fundamentais constitucionalmente positivados.

⁵⁸ BARROCAS, Manuel Pereira, Manual de arbitragem, ISBN 978-972-40-3983-1, Ed. Almedina. SA, 2010 Coimbra, p. 94 a 95.

BIBLIOGRAFIA

- ALEM, Fabio Pedro, Col. Prática do Direito, v. 16, Ed Saraiva, 2009
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 11^a. ed. Editora Malheiros. São Paulo, 1999. P.56.
- BACCELLAR, Luiz Ricardo Trindade, Função jurisdicional das agências reguladoras. Revista de Processo, n. 111, jun./set. 2003, p. 157.
- BARCELLOS, Ana Paula de, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 248 e 252-253.
- BARROCAS, Manuel Pereira, Manual de arbitragem, ISBN 978-972-40-3983-1, Ed. Almedina. SA, 2010 Coimbra, p. 94 a 95.
- BAUMAN, Zigmunt- 1925- Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós- modernidade e intelectuais Zigmunt Bauman; tradução Renato Aguiar – Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BRANCHER, Paulo, Soluções de controvérsia e as agências reguladoras. Revista Brasileira de Arbitragem, n.1, jan./mar. 2004, p.48.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo, Revista trimestral de direito público, São Paulo: Editora Malheiros, p. 134-144, 13/1996.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem - Lei nº 9.307/96 - 5ª edição, revista, ampliada e atualizada. 2009, Lumen Juris.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. Arbitragem nos conflitos envolvendo agências reguladoras. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, n. 11, 2002
- CANELA JUNIOR, Oswaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição (trabalho de qualificação de doutorado apresentado à USP sob a orientação de Kazuo Watanabe), inédito, PP. 17-19.
- CARDOSO, André Guskow, ISBN 978-85-02-09143-6. Arbitragem e poder público/coordenação Cesar A. Guimarães Pereira, Eduardo Talamini. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.30
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, art. 62.
- COSTA, Nilton César Antunes da. Poderes do Árbitro: de acordo com a lei n. 9.307/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 82.
- ESQUÍVEL, José Luís. Os contratos administrativos e a arbitragem. Coimbra, Almedina, 2004.
- FERRARESI, Eurico, Modelos processuais coletivos: comparação entre ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo, tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da USP (orientadora Ada Pellegrini Grinover), no prelo, p. 19-20.
- GAJARDONI, FF, Técnicas de aceleração do processo. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.
- GRAU, Eros Roberto, Planejamento Econômico e Regra Jurídica, São Paulo, ed. do autor, 1977, p.69.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 164, p.15.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva,

2010, p.778.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. Dialética, 2002.

MAZZA, Alexandre – Agências Reguladoras, Malheiros Editores Ltda., 2005, ISBN: 85-7420-587-7, p. 205-207.

MORIN, Edgar – Introdução ao Pensamento Complexo/Edgar Morin: Tradução de Eliane Lisboa – Porto Alegre: Sulina- 3ª. Edição 2007 – p. 75/76.

MOURA, Luiz Fernando. <http://jus.uol.com.br/revista/autor/luiz-fernando-de-moura-ramos>, acessado em 22/julho/2011.

MORAES, Luiz Rangel de, Arbitragem e agências reguladoras. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 2, maio/ago2004, RTR, p.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Parcerias na Administração Pública. 4. Ed. Atlas, 2002, p. 384.

TÁCITO, Caio. O Juízo Arbitral em Direito Administrativo. In: Garcez, José Maria Rossani, MARTINS, Pedro Batista. Reflexões sobre a Arbitragem. São Paulo: LTr, 2002. p.27.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). In: ___. (Coord.) Parcerias Público Privadas: Um enfoque multidisciplinar. São Paulo: RT, 2005, p. 340.

TORRES, Ricardo Lobo, O mínimo existencial e os direitos fundamentais, Revista de Direito da Procuradoria-Geral, Rio de Janeiro, n. 42, jul/set.1990, p. 69/70.

SZLAROWSKY, Leon Fredja. Uma nova visão da arbitragem. NBR 6023:2002 ABNT. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.387, 29 jul.2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5468>>. Acesso em 18/julho/2011. SZKLAROWSKY, Leon Fredja. <http://www.factum.com.br/artigos/010.htm>, acessado em 22/julho/ 2011.

Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). In: Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar (coord. Eduardo Talamini e Monica Spezia Justen). São Paulo: RT2005, p.343 e 345.

Contrato Administrativo e a Lei de Arbitragem. Revista de Direito Administrativo – RDA, n 233, p.115.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm acessado em 16/08/2012 – preâmbulo.

<http://pressroom.ipc-undp.org/2011/brasil-avanca-no-desenvolvimento-humano-e-sobe-uma-posicao-no-ranking-do-idh-2011/?lang=pt-br>, acessado em 16/08/2012.

<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista> acessado em 13 de julho de 2011.

REsp. 881.323/RN Rel. Min Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 31.03.2008.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>, acessado em 04/agosto/2011.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>, acesso em 22/julho /2011.

http://www.conjur.com.br/2001-dez-14/stf_declara_lei_arbitragem_constitucional. Acessado em 12 de julho de 2011.

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1624362>

Acessado em 18 de julho de 2011.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265769> - STF SEC nº 6.753-7 oriunda do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, Acórdão de 13/06/2002, DJ de 04/10/2002, Ementário nº 2.085-2 6, acessado em 22/07/2011.

REsp 612.439-RS e 606.345-RS e AgRegMS nº 11.308-DE, respectivamente proferidos em 25/05/2005, 17/05/2007 e 28/06/2006, STJ, acessados em 02/agosto/2011

http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm, acessado em 22/julho/2011.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, acessado em 22/julho/2011.

<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/Publicacao/EmentarioConciliacao.aspx>, acessado em 29/julho/2011.