

ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITO COMPARADO (BREVES NOTAS)

Sergio Ferraz¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direito Comparado; 2.1. Estados Unidos; 2.2 Portugal; 2.3. Espanha; 2.4. Itália; 2.5. França; 3. Arbitragem e Direito Administrativo; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo analisa a utilização da arbitragem pela Administração Pública sob a perspectiva do direito comparado e de sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, examina-se o tratamento conferido à arbitragem envolvendo entes públicos em diferentes sistemas jurídicos, com destaque para os Estados Unidos, Portugal, Espanha, Itália e França, identificando-se aproximações e divergências quanto à admissibilidade e aos limites de sua utilização. Em seguida, aborda-se o processo de consolidação da arbitragem no Direito Administrativo brasileiro, com especial atenção às transformações doutrinárias e jurisprudenciais que culminaram na edição da Lei nº 13.129/2015. O estudo demonstra que a arbitragem deixou de ser vista como incompatível com princípios tradicionais do regime jurídico-administrativo, especialmente aqueles relacionados à indisponibilidade do interesse público, passando a ser reconhecida como instrumento legítimo de solução de controvérsias envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Conclui-se que a experiência brasileira

1 Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-docente em Direito do Trabalho pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Ex-Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Procurador aposentado do Estado do Rio de Janeiro. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

encontra-se alinhada às tendências observadas em sistemas jurídicos estrangeiros e que a arbitragem representa importante mecanismo de concretização dos princípios da eficiência, da consensualidade e da boa administração pública.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Direito Comparado. Contratos Administrativos. Solução de Controvérsias.

1. INTRODUÇÃO

A utilização da arbitragem em discussões e litígios que envolvem direitos patrimoniais disponíveis, conectados à Administração Pública, entre nós, não mais suscita dúvidas teóricas insuperáveis. No plano legislativo, a partir da Lei nº 13.129/2015, detalhada regulamentarmente pelo Decreto nº 10.025/2019, viu-se, afinal, consagrada a jurisprudência laboriosamente construída pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Bom é dizer que, na edificação desse entendimento, colaborou intensamente a revisão doutrinária atinente à sempre então invocada indispensabilidade dos interesses públicos, à discricionariedade administrativa e ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário. Também especialmente relevante, para a meta afinal atingida, foi a edição, pelo Superior Tribunal de Justiça, em 25 de maio de 2010, da Súmula 485, pela qual afirmado que a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) se aplicava aos contratos da Administração Pública (que contivessem cláusula arbitral), ainda que celebrados antes da data de vigência de tal lei.

2. DIREITO COMPARADO

A consulta ao direito comparado, centralizada nos núcleos jurídicos estrangeiros mais influentes em nosso Direito Administrativo e no regramento das arbitragens envolvendo o Poder Público, revela que por lá também ocorreram (e por vezes ainda ocorrem) controvérsias sobre tais temas.

2.1. Estados Unidos

Começemos pelos Estados Unidos, ressaltando que a informação que segue ainda não foi alvo de qualquer histerismo de seu atual presidente.

Aqui há duas situações emblemáticas. De um lado, temos agências e órgãos públicos que, por força de leis específicas, podem utilizar a arbitragem para os temas controvertidos especialmente descritos em tais diplomas. De outro lado, temos os demais órgãos ou entes do governo, habilitados que estão, em princípio, a instaurar arbitragem, na forma do que prevê o Administrative Dispute Resolution Act (ADRA), de 1996, com especial ênfase para seu § 575², que exige, como pressuposto da arbitragem, a existência prévia de requisitos balizadores de sua estrutura, baixados pela Administração (órgão ou agência) competente no tema em disputa.

2.2. Portugal

Curiosamente, e bem ao contrário da acusação geral de “praxismo” que se costuma aplicar à vida pública lusitana, em Portugal jamais (ao que saibamos) se controverteu quanto à arbitragem na (e para a) Administração Pública. A matéria tem historicamente inserção constitucional e ampla disciplina infraconstitucional, além de trato minudente no Código de Processo e na específica Lei de Arbitragem Voluntária (2011). Os básicos requisitos para a instauração do competente procedimento, são a patrimonialidade do interesse em discussão ou disputa e a transigibilidade do direito a tal interesse conectado.

2.3. Espanha

Bem ao revés, na vizinha Espanha, apesar da existência, desde 2003, de uma Lei de Arbitragem geral, segue acesa a divergência sobre sua aplicabilidade, ou não, à Administração Pública.

2.4. Itália

Já na Itália, a questão não enseja discussões, eis que, pelo Código de Contratos Públicos, particularmente em seu artigo 209, a arbitragem para contratos administrativos é textualmente facilitada.

2 UNITED STATES OF AMERICA. Administrative Dispute Resolution Act of 1996. Washington, DC: Congress, 1996.

2.5. França

Por último, nessa breve e por nós monocraticamente escolhida amostragem, refira-se o panorama vigente na França.

Aqui, de início, era impossível pensar em arbitragem nos contratos administrativos, como se extraía da leitura conjunta dos artigos 2.059 e 2.060 do Código Civil. Este segundo preceito foi, contudo, legalmente modificado em 1975, a partir de quando a dirimência arbitral foi ensejada aos núcleos empresariais administrativos, mediante autorização por decreto. Por fim, no presente século, vários atos normativos do Executivo foram expedidos, autorizando em geral a arbitragem nos contratos administrativos, recomendando-a especialmente nos casos em que contratadas inovações científicas ou tecnológicas. Pode-se, aliás, afirmar que, no âmbito da europeização do Direito, a inspiração francesa está se espalhando, prestigiando a utilização dos compromissos arbitrais.

3. ARBITRAGEM E DIREITO ADMINISTRATIVO

Como se vê, a arbitragem para a Administração Pública, no Brasil, nada fica a dever ao chamado primeiro mundo, quanto à sua difusão e desenvolvimento. Para tanto, nunca será demais enaltecer o papel relevante que os órgãos jurídicos da Administração Pública têm desempenhado para o equacionamento, aprofundamento e aperfeiçoamento do instrumento. Destaque-se, no particular, dentre os muitos protagonistas nesse ponto, a Advocacia Geral da União, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Mas também convergiram para esse cenário os progressos da própria doutrina administrativista brasileira. Mudou, e muito, a visão, por muito tempo dominante, da superioridade de poderes do Estado em face do particular. Aqui se registre como referência a influência dos autores portugueses que, à luz da Constituição democrática de Portugal, não hesitaram em admitir a crescente contratualização da Administração Pública, com o efeito da expansão da incidência do direito privado no exercício da função administrativa.

Doutra banda, dogmas clássicos, como o da indisponibilidade do interesse público, foram reformulados, tendo hoje ampla aceitação a

orientação no sentido de que o referido dogma não significa automaticamente a proclamação da indisponibilidade dos bens públicos. Bem ao revés, por fim hoje se reconhece que a disponibilidade dos bens públicos (de qualquer natureza) é condição muitas vezes imprescindível para que se cumpra o dever público da melhor administração. Nessas sendas, a liberdade das formas do agir administrativo, tem (adequadamente, aliás) conquistado o valor de verdadeiro instrumento imperioso na concretização do interesse público.

Por fim, deve também ser reconhecido que o direito positivo brasileiro se vem mostrando sensível aos novos desafios administrativos. No particular, importa referir a nitidez com que a Lei nº 13.129/2015³, abrangendo a Administração Pública no campo da utilização da arbitragem e da sua lei básica (Lei nº 9.307/1996⁴), define o conteúdo da arbitrabilidade subjetiva e da arbitrabilidade objetiva. No espaço da subjetividade, mesmo admitindo que há respeitáveis opiniões divergentes, predominou, no equacionamento legislativo, a visão que identifica a arbitrabilidade subjetiva com a capacidade/competência para contratar (o que no terreno das arbitragens internacionais, pode gerar dissídios interpretativos, vez que, no direito comparado, podem ser encontradas, muitas vezes, normas habilitantes não só de entes e entidades, mas também de órgãos), ou com a capacidade de ser parte (na forma do artigo 70 do vigente Código de Processo Civil⁵). E, na província da arbitrabilidade objetiva, a evolução anteriormente abordada quanto à indisponibilidade dos interesses públicos confluiu para a pacificação conceitual: por definição, os bens públicos são, em princípio, disponíveis, salvo ditame legal em sentido contrário.

Seja-nos, por fim, permitido estabelecer liames entre as considerações precedentes e nossa visão personalíssima do que seja a função administrativa. Desde o primeiro volume de nosso Tratado de Direito

3 BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e aprimorar o seu funcionamento. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

4 BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1996.

5 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 2015.

Administrativo Brasileiro, apresentamos, com extensa e aprofundada argumentação, nosso conceito de função administrativa. Por isso aqui e agora vamos nos limitar a um resumo do que então lá foi desenvolvido.

A melhor execução da função administrativa, compromisso fundamental da Administração Pública (na verdade, do Estado como um todo), consiste no atendimento, no mais breve tempo e na mais integral forma (princípio da melhor administração), das necessidades e anseios majoritários de cada indivíduo e das coletividades por eles formadas, observando-se o princípio da maioria. O tempo, no atendimento em questão, integra o conceito da melhor função administrativa.

Não há dúvida passível de ser aventada, quanto à maior celeridade das soluções arbitrais, em face das dirimências jurisdicionais. Mas também é veraz que o custo das arbitragens é de regra elevado. Impõe-se, pois, ao Estado, com suas subdivisões personalizadas, fazer o balanceamento entre os ônus e os benefícios de uma ou outra via, em cada caso concreto.

Inexiste óbice legal à adoção, pelo Poder Público, do instrumento arbitral. É certo que um tanto reticentemente, no começo, o Judiciário abraçou timidamente, mas hoje assertivamente, a constitucionalidade da solução arbitral nos contratos administrativos. Com ela também se perfaz e respeita o mais fundamental pilar do maduro Direito Administrativo: o exercício do consensualismo entre Administrado e Administrador, na busca de soluções expeditas para dissídios ou mesmo litígios. Tudo isso, ademais, sem prejuízo do constitucional monopólio da jurisdição una, pois a sentença arbitral é tecnicamente impugnável judicialmente.

Com essas breves meditações, arremate-se o presente trabalho com uma citação literária de uma prece de W. H. Auden, imortal poeta anglo-norte-americano, colhida em arquivo pessoal nosso, com o intuito de guardar anotações inspiradoras de trabalhos futuros (infelizmente por vezes sem nosso cuidado para anotar a obra de que foi extraída):

“E agora oremos por aqueles que detêm alguma desgraçada parcela de autoridade, oremos por todos aqueles por cujo intermédio devemos sofrer a tirania impessoal do Estado, por todos que espionam e contra-espionam, por todos que fornecem as autorizações e promulgam as proibições, oremos para que não venham a considerar a letra e o

número como mais reais e vivos do que a carne e o sangue... E fazei, Senhor, fazei com que nós, simples cidadãos desta terra, não cheguemos a confundir o homem com a função que ele exerce. Fazei com que tenhamos sempre presente no espírito que foi efetivamente de nossa impaciência ou nossa preguiça, de nosso abuso ou nosso medo da liberdade, de nossas próprias injustiças, enfim, que nasceu este Estado que devemos padecer, pela absolvição e remissão de nossos pecados.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1996.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e aprimorar o seu funcionamento. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. **Administrative Dispute Resolution Act of 1996**. Washington, DC: Congress, 1996.