

A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Felippe Borrying Rocha

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando em Direito. Mestre em Direito. Professor de graduação em Direito na Universidade Estácio de Sá. Professor de pós-graduação em Direito na Universidade Estácio de Sá, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e na Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Professor dos cursos preparatórios para concurso da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e da Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro. Autor dos livros Teoria Geral dos Recursos Cíveis, Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos da Lei n.º 9.099, de 26/9/95, Justiça Federal no Estado do Rio de Janeiro e Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Legislação). Co-Autor dos livros a Nova Reforma do CPC e Licenciamento Ambiental no Estado do Rio de Janeiro.

Juliana Furtado Cardoso de Moraes

Aluna do 10º período do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, Campus Jacarepaguá

SUMÁRIO: Introdução; O acesso à Justiça; A arbitragem no Brasil; Os aspectos gerais da Lei 9.307/96; A arbitragem nos contratos administrativos; Conclusões; Referências.

Introdução

A necessidade de atendimento mais eficaz do serviço público, notadamente em atividades que envolvem investimentos de grande monta, fez com que o Estado buscasse cada vez mais a cooperação com as empresas privadas, ou consórcio de empresas,

navionais ou estrangeiras, através de contratos administrativos. Para tanto, foram promulgadas as Leis 8.666/93, 8.987/95 e 11.079/2004, regulamentando, respectivamente, os contratos administrativos, a concessão de serviço público e as parcerias público-privadas.

Ocorre que nestes diplomas legais há a determinação de que a Administração deva buscar, sempre que possível, a solução amigável dos conflitos de interesse com a concessionária. Por outro lado, na Lei de Arbitragem, existe restrição quanto à sua utilização quando se tratar de direitos indisponíveis. Assim, instaurou-se uma polêmica na doutrina e na jurisprudência, no sentido de se questionar sobre a capacidade do Estado participar de uma arbitragem, diante da ocorrência de um conflito com uma concessionária. Eis o ponto central do presente texto.

Antes de firmar uma posição sobre o tema, entretanto, é necessário contextualizá-lo dentro do ideário do acesso à Justiça.

1. O Acesso à Justiça

O ordenamento jurídico de cada Estado é fortemente marcado pelas raízes culturais de seu povo e dos processos históricos pelos quais passaram. Por isso, nos Estados que tiveram influencia substancial dos povos latinos é comum verificar, nos seus sistemas jurídicos, uma forte intervenção nas relações sociais. Essa presença, que oscilou ao longo do tempo, teve seu apogeu nos períodos que circunscreveram as duas grandes guerras, especialmente, no continente Europeu, onde as opções políticas vigentes criaram um terreno propício ao intervencionismo estatal.

Na segunda metade do século passado, no entanto, teve início um processo gradativo de alteração da concepção do papel que o Estado deve desempenhar dentro da sociedade. Esse movimento foi impulsionando não apenas novas posturas políticas que foram adotadas, mas principalmente, pelas novas estruturas dinâmicas de relacionamento que se instauraram no mundo e que podem ser identificadas pelo rótulo genérico intitulado de globalização.¹ Com efeito, a formação de blocos econômicos, o incremento na

¹ A globalização pode ser definida como “un proceso de difusión de ideas, valores, formas de producción y de comercio, procesos y productos, diseños organizativos y formas de conducta, através de las fronteras

velocidade das comunicações e do comércio, o deslocamento de pessoas e o avanço tecnológico fizeram com que ao Estado e o próprio Direito tivessem que passar por profundas transformações.

Deste modo, tornou-se imperioso, para que o Estado pudesse preservar a sua autoridade, a adoção de mecanismos mais céleres e eficazes de atendimento dos anseios sociais. Dentre as medidas que foram buscadas para solucionar esta crise epistemológica, merece destaque a vertente teórica que se dedicou a estudar os mecanismos de otimização do acesso à Justiça.

Na realidade, desde os primórdios da civilização é possível identificar movimentos tendentes a aproximar a população das normas que devem recair suas condutas em sociedade. Os primeiros códigos estruturados, como o de Hammurabi e o de Manu, serviram, a seu tempo, para tal propósito. Mas foi ao longo do século XX que este movimento ganhou força como instrumento de disciplina e participação social, voltado a construir o que Kazuo Watanabe identificou como ordem jurídica justa.² A base estrutural moderna deste movimento foi pesquisa coordenada pelo professor Mauro Cappelletti, nominado de Projeto Florença de acesso à Justiça.³

No decorrer dos estudos, concluídos nos EUA com a colaboração de diversos cientistas, Cappelletti⁴ organizou em três blocos os desafios que o direito deveria enfrentar e superar para poder atingir os fins sociais. Para cada grupo foi concebida uma onda renovatória com o objetivo de superar estes obstáculos. A primeira onda renovatória do Direito centrou suas atenções na superação dos obstáculos econômicos e financeiros para o acesso a justiça. Com efeito, de nada adiantaria construir todo um arcabouço jurídico adequado à tutela dos direitos e garantias fundamentais se o seu exercício tivesse que ficar submetido as condições econômicas de seus titulares. Num primeiro momento há implementação de isenção de taxas e custas para deflagração da demanda em juízo. Num segundo plano, Cappelletti⁵ defendeu a liberação do pagamento de honorários advocatícios para quem não tivesse recursos para custeá-los. Tal se daria ou pelo sistema

nacionales, conduciendo a una creciente articulación e interdependencia de todas las sociedades nacionales” (Luciano Tomassini, *La Inserción de América Latina en el Proceso de Globalización*, in Clóvis Brigadão (org.), *Globalização na América Latina: integração solidária*. p. 15).

² WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In. GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

³ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/1988. Reimpresso/2002. p. 31.

⁴ *Idem*, p. 31.

⁵ *Ibidem*, p. 49 e ss.

de advocacia pública ou pelo sistema *judicare*, onde o advogado privado defende a pessoa juridicamente necessitada e depois pode cobrar a remuneração do governo.

O Brasil é reconhecido internacionalmente pelo seu desempenho no enfrentamento das barreiras econômicas ao acesso à justiça, visto que foi um dos primeiros países do mundo a ter uma lei nacional de gratuidade, qual seja Lei 1.060/50⁶.

Importante ressaltar que o Brasil também se destacou com a instituição dos Juizados Especiais Cíveis, regido pela Lei 9.099/95⁷, que é um órgão jurisdicional cuja atuação, num primeiro momento, é feita sem custos para as partes. Ademais, o País também foi pioneiro na implementação de órgãos voltados ao atendimento de partes em condições especiais, tais como o Idoso (Lei 10.741/03), a criança e o adolescente (Lei nº 8.069/90), dentre outras, e das populações carentes. De fato, as Defensorias Públicas desempenharam papel fundamental, não apenas permitindo o acesso desonerado aos tribunais, mas também o acesso à informação jurídica e à solução compositiva de conflitos (Lei Complementar 80/94).

A segunda onda renovatória foi marcada pela implementação da tutela dos interesses e direitos coletivos “*lato sensu*”, representando, de um lado, a ruptura com os modelos liberais-individualistas que estruturaram os ordenamentos jurídicos construídos após o período das Revoluções Burguesas, e, por outro lado, a adequação da tutela jurisdicional à nova realidade social, dominada pelos conflitos de massa, fortemente vinculadas aos contornos políticos, econômicos e sociais vigentes. Neste seguimento, Cappelletti⁸ sustentou a criação de ações especificamente voltadas a atender os interesses coletivos, titularizadas por legitimados extraordinários e com eficácia para os outros, que não apenas as partes do processo (*erga omnes*).

Mais uma vez, o Brasil foi saudado como um dos mais bem sucedidos precursores de tais medidas. Com efeito, o país dispõe hoje de um invejável arsenal de ações de cunho coletivo⁹, bem como de amplo rol de legitimados extraordinários, donde se destaca o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações civis.¹⁰ O Brasil

⁶ Sobre o tema, veja-se a obra de Augusto Tavares Rosa Marcacini, *Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita*, Forense, Rio de Janeiro, 1996.

⁷ Sobre o tema, confira a obra de Felipe Borring Rocha, *Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos da Lei n.º 9.099, de 26/9/95*, 4.ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro e outro. *Acesso à Justiça*, p. 49 e ss.

⁹ Tome-se, por exemplo, a Lei da Ação Civil Pública, do Idoso, da Criança e Adolescente, da Ação Popular, do Usucapião Coletivo etc.

¹⁰ Art. 5º da Lei 7.347/85.

caminha, ainda, para um novo patamar jurídico, com a futura adoção de um Código de Processo Coletivo,¹¹ que permitirá unificar as regras sobre tais ações, hoje dispersas em vários diplomas, bem como superar as divergências decorrentes da falta de compatibilidade destes instrumentos com a ordenação processual civil em vigor, fundamentalmente individualista.

Por fim, a terceira onda renovatória do Direito apregoava a busca pela efetividade do direito, com a adoção de diversas posturas, tanto de ordem jurídica como sociológica. Assim, para que o Direito possa realizar seus fins sociais de maneira mais justa, equânime e razoável, é preciso difundir o conhecimento jurídico, aproximar a população do Poder Judiciário (não apenas em grau de sujeição, mas, principalmente, de cooperação e interação), descentralizar os órgãos jurisdicionais, criar procedimentos mais céleres e informais, incrementar o uso de tutelas diferenciadas, ressaltando o aspecto instrumental do processo e sua veiculação com o direito material, dentre outros.

Neste diapasão, Cappelletti¹² atribui especial atenção aos chamados meios alternativos de solução dos litígios. São eles procedimentos extrajudiciais que têm como meta conduzir as partes a uma solução negociada da lide, sem a necessidade da intervenção Estatal.

De uma maneira geral, os meios auto-compositivos podem ser divididos em três grupos: conciliação, mediação e arbitragem. Nestes, verifica-se a presença de um terceiro desinteressado coordenando a composição. Na conciliação, o conciliador tem a missão primordial de incentivar os contetores de chegarem a uma solução. Na mediação, o mediador apresenta uma solução para ser a adotada pelos interessados.¹³ E na arbitragem, as partes escolhem árbitros para solucionar o conflito.

Neste diapasão, inegável reconhecer que os meios auto-compositivos estão intimamente ligados à efetividade do Direito, na medida em que evitam que o Estado-Juiz tenha que intervir em conflitos, nos quais as partes poderiam resolver autonomamente, se devidamente orientados. Neste sentido, verifica-se a aplicação da diretriz que Giuseppe

¹¹ A íntegra do referido anteprojeto se encontra no sítio do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Sobre o tema, veja a obra de Ada Pellegrini Grinover e outros nominada *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹² CAPPELLETTI, Mauro e outro. *Acesso à Justiça*, p. 49 e ss.

¹³ O Brasil encontra-se em via de adotar uma legislação específica sobre mediação e outro meios de pacificação. A íntegra deste anteprojeto se encontra no sítio do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Sobre o tema, veja a obra de coordenada por Humberto Dalla Bernardina de Pinho, *Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Tarzia nominou de subsidiariedade estatal, ou seja, a busca pela intervenção mínima do Estado-Juiz nas relações sociais.¹⁴

Por certo, se a Justiça concentrar sua atuação em lides onde sua presença é indispensável poderá lograr melhores resultados em seus julgamentos. Não obstante, com os meios alternativos de composição de conflitos evita-se, ou pelo menos se diminui, a carga de trabalho dos tribunais, além de promover uma solução mais adequada e legítima, fruto da vontade dos interessados, por meio de um procedimento pautado na autonomia da vontade, na tecnicidade e na discricção.

No Brasil, como dito anteriormente, a tradição cultural-jurídica dos povos ibéricos, que serviram de base para a formação do seu tecido social, essencialmente pautada na intervenção estatal, contribuiu significativamente para a demora na consolidação dos meios alternativos de solução de conflitos. Certamente, o passo mais importante neste sentido foi a promulgação da Lei 9307/96, visto que este diploma, considerado um dos mais modernos no mundo, regulou a forma como se deve ser realizada a arbitragem contratual.

2. A Arbitragem no Brasil

Como dito, a arbitragem é o meio alternativo de solucionar os conflitos surgidos entre partes dentro de um contrato que tenha cláusula arbitral, ou, após o surgimento da questão controvertida, pelo compromisso arbitral, constando, como obrigação das partes, a indicação de um terceiro, ou mais de um, para desempenhar o papel de árbitro.¹⁵

Cabe destacar que a arbitragem não é instituto novo no Direito brasileiro, pois, desde a Constituição Imperial de 1824 (art. 49, 3), esteve presente no ordenamento jurídico pátrio, recebendo a denominação de júizo arbitral ou compromisso. Entretanto, a pouca utilização da via arbitral deveu-se ao fato de não oferecer garantia jurídica e ser burocratizada em sua forma de utilização. Para tanto, basta lembrar que não outorgava obrigatoriedade de cumprimento à cláusula contratual que previa a arbitragem, do mesmo modo que a decisão arbitral precisava ser homologada por um juiz.

¹⁴ TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*. 2.ª ed., Milão: Giuffrè, 2002, p. 4.

¹⁵ Por todos, confira-se Alexandre Freitas Câmara, *Arbitragem: Lei 9.307/96*. 2.º ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12.

Em 1973, o atual Código de Processo Civil adotou um modelo de arbitragem judicial que foi um verdadeiro fracasso (art. 1072 a 1102). Em 1996, no entanto, este quadro foi profundamente alterado com a edição da Lei 9.307– Lei de Arbitragem, com o objetivo de retirar a arbitragem da esfera judicial (os artigos do CPC citados foram revogados) e lançá-lo como um instrumento da sociedade na solução de seus conflitos, por sua própria iniciativa das partes (art. 9º).¹⁶

Insta salientar que no início da vigência da Lei Arbitral houve relutância em se adotar a arbitragem em virtude de desconfianças, pois uma pessoa comum do povo e não um juiz resolveria o conflito, o que abriria caminho para fraudes e corrupções.

Por um lado, os adeptos da tese da inconstitucionalidade da legislação arbitral utilizaram o argumento de que estariam sendo violados diversos princípios constitucionais, tais como a inafastabilidade do controle judicial e o Acesso a Justiça (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LVI), a ampla defesa e a dupla instância de julgamento (art. 5º, LV), a proibição da criação de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII) e, ainda, o juiz natural (art. 5º, LIII).

Estas questões foram alçadas ao Supremo Tribunal Federal, através da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da OAB em face da Lei 9.307/96 (ADI/3003), que teve o seu pedido de liminar indeferido pelo Pleno, afastando a tese da inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem.

3. Os aspectos gerais da Lei 9307/96

Superados as resistências iniciais, a arbitragem foi gradativamente ganhando força por suas características positivas. Dentre elas, destacam-se: a celeridade, a confidencialidade do processo arbitral, a definição pelos interessados das regras aplicáveis, a continuidade das atividades, a expertise dos árbitros, dentre outras.

Por outro lado, a Lei de Arbitragem no seu art. 18 teve como meta atribuir eficácia executiva ao laudo arbitral, equivalente à sentença judicial, independentemente de

¹⁶ Continua a existir uma hipótese de aplicação da arbitragem no âmbito do Poder Judiciário, na seara dos Juizados Especiais Cíveis (art. 24 a 26 da Lei 9.099/95). Tal modelo, da mesma forma que o anterior, não tem sido utilizado.

posterior homologação. Neste sentido, incluiu a chamada “sentença arbitral” no rol dos títulos executivos extrajudiciais do Código de Processo Civil (art. 475-N, IV).

Com estas medidas, o legislador pátrio praticamente afastou a intervenção judicial do procedimento arbitral, que passou a ser desenvolvido na esfera privada, ressalvados os casos de resistência por parte dos interessados, na instituição da arbitragem, quando então a Lei prevê a ação judicial para deflagrar o procedimento (art. 7º).

No plano teórico, portanto, o controle judicial da arbitragem, até a sua conclusão, fica limitado à hipótese de um de seus interessados ingressar em juízo para discutir aspectos extrínsecos no objeto da arbitragem, tais como a ocorrência de vícios na manifestação de vontade, a atuação irregular do árbitro ou de seus assessores, a superveniência de questões relativas a direitos indisponíveis ou pelo risco de perecimento da coisa discutida (art. 25 e 32 da Lei Arbitral).

Importante lembrar, neste passo, que a discussão sobre o objeto da arbitragem fica obliterada subjetivamente pela regra do art. 301, IX, do CPC, que leva ao encerramento da demanda judicial, sem resolução do mérito, se uma das partes alegar, em sede de contestação, a existência de convenção de arbitragem sobre a questão deduzida em juízo.

Após a prolação da “sentença” arbitral, no entanto, o cumprimento de uma eventual obrigação nela contida fica, num primeiro momento, subordinada ao alvedrio da parte devedora. Se esta não cumprir voluntariamente a obrigação estipulada pode adotar três posturas: ajuizar ação declaratória de nulidade da “sentença” arbitral, nos termos do artigo 33 da lei arbitral ; ajuizar outra demanda que vise rever a própria arbitragem ou finalmente ficar inerte.

Ação declaratória de nulidade da ‘sentença’ arbitral, por seu turno, tem como parâmetros os elementos elencados no art. 32 da Lei de Arbitragem, seguindo o procedimento comum. Ela deve ser proposta no prazo decadencial de 90 dias, contados da notificação de sua prolação. Tal demanda, se acolhida, acarretará na anulação da “sentença” arbitral, determinando ou não a prolação de novo laudo, de acordo com a natureza do vício declarado.

Diante da amplitude das situações descritas no art. 32 da Lei Arbitral, fica extremamente reduzido o campo de incidência de uma ação para revisão da arbitragem. Ainda assim, pode ocorrer uma série de situações relativas ao negócio jurídico que serviu de base para a arbitragem e que de alguma maneira influíram no seu julgamento. Tais questões, poderiam, em tese, levar ao oferecimento de uma demanda judicial, com reflexos para a arbitragem. É o que ocorre, por exemplo, se após a prolação da “sentença” arbitral as partes realizam uma repactuação do contrato e o credor insiste em receber o que foi estabelecido na “sentença” arbitral, apesar desta ter ficado prejudicada pela alteração.

Por fim, resta analisar a situação daquele que embora vinculado a uma obrigação reconhecida por “sentença” arbitral, tenha ficado inerte. Como já salientado, a sentença arbitral constitui título executivo judicial, o que lhe permite aparelhar uma ação de execução a ser movida perante o poder judiciário.

Necessário frisar que muito embora a nova disciplina processual tenha transformado a execução de título executivo em fase do processo de conhecimento, nos casos de “sentença” arbitral, da sentença penal condenatória e da sentença homologatória estrangeira, a execução é feita de forma autônoma (art. 475-N, parágrafo único, do CPC), ainda que sob a estrutura prevista nos art. 475-J e seguintes do CPC. Assim, cumprirá ao interessado, na condição de credor, promover a ação de execução, ou, antes, se necessária, a devida liquidação, nos moldes do artigo 475–A/H do CPC. Em ambos os procedimentos será oferecida a possibilidade do devedor se defender da pretensão, seja por meio de impugnação, no caso de execução, seja por contestação, em se tratando de liquidação.

Oportuno destacar que apesar de ser rotulado como título executivo judicial, é preciso reconhecer que a “sentença” arbitral não é dotada da chamada fase saneadora geral, qualidade exclusiva dos atos judiciais e que permitem que a decisão, uma vez transitada em julgado, atinja a estabilidade necessária para refutar novas discussões sobre a causa julgadas, ressalvadas às hipóteses legais. Com isso, tanto na contestação, como na impugnação à execução, como na eventual ação autônoma, poderá o interessado provocar a discussão sobre as questões anteriores á “sentença” arbitral, mitigando em certa conta o alcance das restrições contidas no artigo 475-G e 475-L, ambos do CPC.

Nestas oportunidades, no entanto, não poderá o interessado rediscutir o próprio objeto da arbitragem, pois, também, aqui é aplicável a restrição do art. 301, IX, do CPC.

Assim, qualquer controvérsia, conflito ou desentendimento que diga respeito a direitos de que as partes tenham a faculdade de dispor livremente, pode ser resolvida por arbitragem. Por exemplo, tudo que possa ser estabelecido em contrato, pode ser solucionado por arbitragem.

4. A arbitragem nos contratos administrativos

Primeiramente, vale destacar que o Estado, em sua forma clássica, destinava-se a organizar a sociedade, provendo-lhe os serviços essenciais, tais como segurança, comunicação, educação, saúde, saneamento, obras, dentre outros. Ocorre que, com a evolução da sociedade e a necessidade de atender a um número cada vez maior de interesses, com altos investimentos, tornou o Estado incapaz de, por si só, realizar todos os seus objetivos. Assim, o Estado transferiu para a esfera privada diversas de suas atribuições, passou a intervir de forma indireta no processo econômico e incrementou a atuação conjunta com a sociedade, notadamente por meio dos contratos administrativos. Neste diapasão, o Estado assumiu a função de agente propulsor do desenvolvimento econômico, atuando como contratante, em busca de resultados econômicos da atividade privada, para melhor atender os interesses sociais.¹⁷

Tais contratos celebrados são chamados genericamente de concessão,¹⁸ pois ocorrem entre o Estado e as empresas privadas, para que estas executem atividades que deveriam ser realizadas pelo Estado, mas que este não consegue, em virtude de falta de recursos financeiros e tecnológicos. No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹, concessão:

¹⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanillo di. *Parcerias na Administração Pública*. 4.ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 16.

¹⁸ Importante lembrar que a legislação brasileira praticamente acabou com distinção existente entre, de um lado, a concessão e, de outro, a permissão e a parceria público-privada.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

“é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”.

Neste sentido, a Lei 8.987/95, que regulamenta os contratos de concessão, definiu a concessão de serviços públicos como uma delegação de sua prestação feita pelo poder concedente mediante licitação na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco bem como por prazo determinado (art. 2.º, II).

Com o passar dos anos, o próprio Estado passou a inserir cláusulas compromissórias nos seus contratos de concessão, permitindo a utilização da arbitragem em caso de descumprimento por alguma das partes quanto a suas obrigações. Assim, surgiram divergências quanto à legalidade da utilização do instituto da arbitragem nos contratos de concessão. Parte da doutrina,²⁰ então, passou a defender que este método alternativo de solução de litígios não poderia ser utilizado na concessão, por se tratar de contrato administrativo, direitos indisponíveis por natureza, insuscetíveis de submissão à arbitragem em consonância com o art. 1.º da Lei 9.307/96: *“As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.*

Vislumbra-se, portanto, que estão fora do âmbito de aplicação da arbitragem as questões sobre as quais as partes não podem efetuar transações, tais como, as referentes ao nome da pessoa, ao estado civil, aos impostos, aos delitos criminais etc. Enfim, não podem ser arbitradas as questões que estão fora da livre disposição das pessoas e que só podem ser resolvidas pelo Judiciário.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28.º ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 213.

Outra vertente,²¹ no entanto, posicionou-se favoravelmente à aplicação da arbitragem nos contratos administrativos, argumentando que a arbitragem somente atuaria sobre o interesse público secundário, de cunho patrimonial e, portanto, disponível.²² Em consonância com tal pensamento, José dos Santos Carvalho Filho²³ afirma que a arbitragem objetiva solucionar conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis, de modo que deve ser indicado um ou mais árbitros pelas partes interessadas na solução do litígio, o que é admitido em lei, sendo, portanto, legítimo que a Administração Pública utilize a arbitragem para solucionar controvérsias contratuais. O que não se pode admitir é a atuação dos árbitros no plano do interesse público primário, essencialmente indisponível. Este está afeto à Administração Pública e gira em torno das atividades finalísticas do Estado.

Não obstante, afirmam, ainda, os adeptos do entendimento favorável,²⁴ que a legislação administrativista seria compatível com a utilização da arbitragem nos contratos administrativos. Assim, por exemplo, tanto a Lei de Licitações (art. 79, II, da Lei 8.666/93)²⁵ como a Lei de Serviços Públicos (art. 23, XV, da Lei 8.987/95),²⁶ fazem referência à rescisão contratual amigável. Logo, estaria implicitamente reconhecida a possibilidade de utilização da via arbitral para discussões contratuais. Neste sentido, a Lei do Petróleo (Lei 9478/97), foi mais além e no seu art. 43, X, afirma expressamente que a solução das possíveis controvérsias oriundas dos contratos de exploração e de produção do petróleo serão feitas por arbitragem. O mesmo se diga em relação à lei que instituiu a ANATEL (art. 93, XV, da Lei 9.472/97) e a lei que regulamentou a concessão do transporte aquaviário (art. 35, XVI, da Lei 10.233/01).

Sendo assim, conclui-se que apesar das controvérsias acerca da aplicabilidade ou não da via arbitral nos contratos de concessão, prevalece o entendimento de que o instituto da arbitragem é vital para que os contratos de concessão entre o Estado e as

²¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 4.ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 233.

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. in *Revista de Direito Administrativo*, 218/84, jul./set. de 1997.

²³ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Direito Administrativo*. 8.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 441.

²⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. *Contratos com o Estado*. in *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 3- Jul - Set/2004, p. 35/39.

²⁵ Artigo 79, II da lei 8.666/93 dispõe que: “a rescisão do contrato poderá ser amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo de licitação, desde que haja conveniência para a administração.”

²⁶ Art. 23, XV: “São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas ao foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais.”

empresas privadas prosperem, a contar com a celeridade de tal procedimento, o que acaba por evitar prejuízos para a sociedade, em homenagem ao princípio da supremacia do interesse público, bem como o da continuidade dos serviços públicos.

5. Conclusões

Do exposto, pode-se concluir que a incrementação da arbitragem no Brasil está em consonância com os teóricos da busca pelo acesso à Justiça, notadamente no que tange à terceira onda renovatória do direito.

Com efeito, a implementação dos chamados meios alternativos de solução de litígios, dentre os quais a arbitragem se inclui, faz parte de um processo que visa dar maior efetividade ao direito, retirando do âmbito do poder judiciário discussões que podem ser resolvidas de forma compositiva pelas partes.

A estrutura normativa adotada para regular a arbitragem no Brasil, entretanto, espelhando-se nos modelos europeus e anglo-saxões, optou por limitar a intervenção estatal sobre tal procedimento, colocando-o de maneira quase autônoma na seara privada.

Trata-se, sem dúvida de situação nova e controvertida dentro do cenário nacional, mas que parte de uma visão que privilegia a autonomia dos indivíduos na condução de sua vida privada.

BIBLIOGRAFIA

BRIGADÃO, Clóvis (org.). *Globalização na América Latina: integração solidária*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão (Funag), 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei 9.307/96*. 2.º Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____, *et. al.* *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAGALHÃES. José Carlos de. *Contratos com o Estado* in Revista Brasileira de Arbitragem, nº 3- Jul -Set/2004. p. 35/39.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, *Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita*, Forense, Rio de Janeiro, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28.º ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. in Revista de Direito Administrativo, 218/84, jul./set. de 1997

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 4.ª Ed., São Paulo: Atlas, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROCHA, Felipe Borring. *Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos da Lei n.º 9.099, de 26/9/95*, 4.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*. 2.ª ed., Milão: Giuffrè, 2002.

TEXEIRA, Sálvio de Figueredo. *A Reforma Processual na Perspectiva de uma Nova Justiça*. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.