

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

JEANE SANTOS BERNARDINO FERNANDES

**A ARBITRAGEM DE LITÍGIOS ENVOLVENDO ENTES
PÚBLICOS COMO TENDÊNCIA DO PROCESSO CIVIL
CONTEMPORÂNEO**

VITÓRIA

2011

JEANE SANTOS BERNARDINO FERNANDES

**A ARBITRAGEM DE LITÍGIOS ENVOLVENDO ENTES
PÚBLICOS COMO TENDÊNCIA DO PROCESSO CIVIL
CONTEMPORÂNEO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Valesca Raizer Borges Moschen

VITÓRIA

2011

JEANE SANTOS BERNARDINO FERNANDES

**ARBITRAGEM DE LITÍGIOS ENVOLVENDO ENTES
PÚBLICOS COMO TENDÊNCIA DO PROCESSO CIVIL
CONTEMPORÂNEO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Valesca Raizer Borges Moschen

Orientadora

Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues

Membro do PPGDIR

Prof.^a Dr.^a Selma Maria Ferreira Lemes

Membro Externo

A Deus, por guiar os passos rumo ao triunfo;

A Sérgio, único e verdadeiro amor, marido devotado e tolerante, que com seu companheirismo, zelo e afeto tem, parcimoniosamente, suportado minhas ausências e partilhado das noites insones, ansioso para festejar comigo a conquista final após longas batalhas diárias;

À Regina, mãe, cúmplice e confidente, por ser uma fonte inesgotável de amor e carinho;

A Renato, pai e exemplo moral, pelos ensinamentos de correção e conduta;

À Geni, avó e refúgio de fé, pelo apoio incondicional;

A Donato, Maria da Conceição e Silvio (*in memoriam*), por velarem pela jornada.

Agradecimentos Especiais:

À Prof.^a Doutora Valesca Raizer Borges Moschen, (e)terna mestre, pela dedicação dispensada e pela confiança depositada na possibilidade de engrandecimento de nossas pesquisas. Em tempo: quebrando todos os protocolos, registro aqui toda minha gratidão à *mui* querida Prof.^a Valesca, pelo conforto nos momentos difíceis, pelo ombro amigo para minhas lágrimas, por ter me participado sua vida e partilhado o calor de sua família e de seu lar nos dias festivos, e, principalmente, por ter me dado a enorme honra de poder me considerar uma filha-irmã nesses felizes anos de convivência.

À Prof. Doutora Selma Maria Ferreira Lemes, pela cortesia de tão prontamente ter aceitado compor a banca de avaliação deste trabalho, e por ter sido a inspiração maior no desempenho da pesquisa ora apresentada.

Ao Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues, por ter honrado a composição da Banca com sua ilustre presença.

Ao PPGDIR/UFES, e ao seu corpo docente de excelência, pelo engrandecimento pessoal proporcionado e pelo amadurecimento cultural de cada um dos encontros, palestras e debates.

Aos tios, primos, sogros, cunhados, sobrinhos e aos amigos-fieis (Ana Cristina, Bruno, David, Josiane, Leandro, Lia, Marco, Mariana, Mousa e Rachel), pela compreensão fraternal no desmazelo dos “sumiços acadêmicos”.

Aos colegas da Coordenadoria de Assuntos Jurídicos da Companhia Espírito Santense de Saneamento, pelo contínuo incentivo.

À amiga Alexandra Francisco, o maior e melhor presente que o Mestrado me concedeu.

Combati o bom combate, acabei a carreira, guardei a *fé*.

II Timóteo 4:7

RESUMO

O presente ensaio descortina-se sobre o desprezioso intento de alinhar pontuações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da utilização da arbitragem interna e comercial internacional em contratos públicos, almejando operar uma análise crítica sobre as ponderações que advogam os entraves à adoção de métodos privados de resolução de conflitos surgidos no âmbito contratual estatal. Sobrevindo dissensos ao cumprimento espontâneo de contratos administrativos, impõe-se o socorro a mecanismos de resolução da contenda. Considerando a crise de credibilidade do Poder Judiciário, a morosidade na tramitação processual, e tantas vezes, a incompreensão de especificidades e peculiaridades da contratação, este trabalho dissertativo promove a defesa da via arbitral ao deslinde dos litígios havidos na consecução de tais contratos. Cumpre avançar para averiguação dos panoramas, das tendências e das perspectivas da solução de conflitos patrimoniais em contratos públicos firmados por entes estatais e paraestatais no plano nacional e internacional, dando azo a uma análise vestibular sobre os problemas dali extraídos. O ponto nodal a ser enfrentado erige-se na resistência da doutrina tradicional à aceitação da arbitragem interna e da arbitragem comercial internacional para o escopo pretendido, ao fundamento de afronta aos princípios constitucionais e às fixações normativas do ordenamento vigente. Visando depurar impressões retrógradas e asserções irrefletidas, convém trazer a lume a percepção renovatória e a observância internacionalista do problema para que o debate no cenário nacional se amolde à conjuntura atual. O trabalho perpassa, respectivamente: a) pela conceituação basal dos institutos da arbitragem e dos contratos públicos, em suas modalidades; b) pela análise das mazelas do Judiciário como uma das causas à adoção da arbitragem e as consequências dos novos limites à eliminação do dissenso em contratos públicos pela via não-judicial, tratará, ainda, c) da insuficiência no plexo normativo no plano nacional como causa bastante à opção por métodos alternativos à corrente ingerência estatal, de forma a concluir pelo valimento da arbitragem; d) harmonização legislativa pretendida, sem embargo às necessárias evoluções na regulamentação elementar desenvolvida até o momento. Esta sede prestigia o estudo de breves anotações acerca de alguns dos pontos nevrálgicos da opção pela arbitragem doméstica e comercial internacional em contratos públicos, salientando as dissonâncias doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema em foco.

Palavras-chave: Arbitragem, Arbitragem Comercial Internacional, contratos públicos

ABSTRACT

This essay opens up about the unpretentious attempt to tack marks doctrine and jurisprudence on the use of arbitration in domestic and international commercial contracts, aiming to operate a critical analysis of the weights that advocate the barriers to adoption of private methods of conflict resolution arising under state contract. Dissent befallen the spontaneous fulfillment of government contracts, it is imperative to help the resolution of the dispute mechanisms. Considering the crisis of credibility of the judiciary, delays in proceedings, and often, lack of understanding of the specificities and peculiarities of contracting this work dissertational promotes the defense of arbitration to the demarcation dispute had in the achievement of such contracts. It should proceed to investigate the views, trends and prospects of resolving conflicts in property contracts signed by state and parastatal entities nationally and internationally, giving rise to an analysis of vestibular problems extracted from there. The key point to be faced erects itself on the strength of traditional doctrine accepting the arbitration of domestic and international commercial arbitration for the intended scope, the ground affront to constitutional principles and attachments normative legal ruling. Aiming debug prints retrograde and unthinking assertions, it should be brought to light perception renewals and compliance internationalist issue for the debate on the national scene will conform to the current situation. The work goes through, respectively: a) the baseline concept of arbitration and the institutes of public procurement in its arrangements, b) analysis of the shortcomings of the judiciary as one of the reasons for the adoption of arbitration and the impact of new limits on the elimination of dissent in public procurement through non-judicial, treat, yet c) the failure plexus rules at national level as a cause enough to opt for alternatives to the current state interference in order to conclude by the powerless of arbitration; d) harmonization of laws you want, without necessary changes in the embargo regulations elementary developed so far. This thirst lauds the study of brief notes about some of the hotspots of choice for domestic arbitration and international commercial contracts in public, stressing the dissonance of doctrine and jurisprudence on the subject in focus.

Keywords: Arbitration, International Commercial Arbitration, Government Contracts

LISTA ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CPC	Código de Processo Civil
CCP	Código de Contratos Públicos
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CPTA	Código de Processo dos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
Dec.	Decisão
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
LAB	Lei de Arbitragem Brasileira
LAV	Lei de Arbitragem Voluntária
LLC	Lei de Licitações e Contratos
Min.	Ministro
PPP	Parcerias Público-Privadas
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
SE	Sentença estrangeira
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TCE	Tribunal de Contas Estadual
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - ARBITRAGEM	14
1.1 <i>Conceituação de Arbitragem</i>	15
1.2. <i>Antecedentes Históricos da Arbitragem – o status arbitral desde os primórdios até a contemporaneidade</i>	22
1.3. <i>Antecedentes Históricos da Arbitragem no Brasil</i>	28
1.4. <i>Natureza Jurídica da Arbitragem: as polêmicas da natureza do instituto e a caracterização da arbitragem como instituto processual</i>	35
1.5. <i>Arbitrabilidade subjetiva e objetiva</i>	49
1.6. <i>Vantagens e Desvantagens da Arbitragem</i>	55
1.7. <i>A distinção entre arbitragem interna (doméstica) e a Arbitragem Comercial Internacional</i>	65
1.8. <i>Síntese Conclusiva</i>	77
CAPÍTULO II – A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS CONTRATOS POR ELA FIRMADOS	78
2.1 <i>Noções conceituais da Administração Pública</i>	79
2.2. <i>Contratos com o Estado</i>	85
2.2.1 <i>Contratos Administrativos</i>	88
2.2.2 <i>Contratos privados da Administração</i>	95
2.2.3 <i>Contratos internacionais dos Entes Públicos</i>	98
CAPÍTULO III - ARBITRAGEM DE LITÍGIOS COM ENTES PÚBLICOS	104
3.1 <i>Arbitragem interna com entes públicos</i>	110
3.1.1. <i>Fundamentos da posição contrária à adoção da arbitragem de litígios com entes públicos</i>	117
3.1.2. <i>Argumentos da posição favorável à solução dos conflitos com entes públicos por arbitragem</i>	131
3.2 <i>Arbitragem internacional com entes públicos</i>	139
3.3 <i>Breve análise comparada do modelo português de arbitragem de litígios com entes públicos</i>	159
CONSIDERAÇÕES FINAIS	177
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	184

INTRODUÇÃO

O mundo tem assistido ao despontar de um novo tempo, observando as novidades e as transformações com uma mescla de excitação e receio.

Paradoxalmente, diante dessa admirável nova realidade, há quem afirme que a certeza surge como um antídoto à insegurança proveniente das constantes alterações¹, o que propiciaria uma subliminar rejeição a tudo que se diferencie dos modelos dominantes.

À luz das questões econômicas e jurídicas que se avolumam, e demandam respostas definitivas e eficazes, um registro contundente da dificuldade de aceitação do novo². ressoa de forma preocupante na resistência à utilização de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, e a negação de seu *status* processual.

O gigantismo do tema da arbitragem tem propiciado a produção de vasta e densa consolidação bibliográfica³, tendo os doutrinadores se debruçado sob a matéria, com o ímpeto sincero de coligir as impressões externadas, em prol da sedimentação dos pilares do instituto.

¹ Alusão à obra de Aldous Huxley, a patentear os extremos a que se pode conduzir o anseio irrefletido por convicções rígidas, herméticas e incontornáveis, e a falibilidade humana, eminentemente tendenciosa a se condicionar por regramentos artificiosos. Vide: HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. São Paulo: Globo, 2001.

² NETO, Luísa. O Direito num Estado Plural: cultura e religião. In: *Novos Direitos. Ou novo(s) objecto(s) para o Direito?* Porto, Portugal: Universidade do Porto, 2010. p. 187-189

³ Segundo Arnoldo Wald, “o Brasil foi o país que mais livros publicou a respeito da arbitragem no fim do século XX e no início do nosso, tendo sido editadas cerca de 120 obras nos últimos dez anos”. Cf. Novos rumos para a arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 16, p. 48-53, jan./mar. 2008. p. 48

Na esteira do pensamento de Luiz Olavo Baptista⁴, faz-se coro à asserção que classifica a arbitragem como um dos temas mais fascinantes do Direito: quer do ponto de vista processual, quer do ponto de vista material.

No sentido em registro, não é excessivo concluir que a arbitragem se afigura como o “mais complexo método extrajudicial de solução de conflitos, plasmada contratualmente pela arquitetura da vontade das partes”⁵, sobressaindo-se como sustentáculo ao deslinde de questões que demandam resolução lúcida.

A título de corte metodológico, sobremaneira considerando os propósitos da pesquisa ora apresentada, nesta sede não se anseia averiguar profundamente as nuances da arbitragem, e sim esboçar as diretrizes trilhadas pelos pensadores quanto ao temário da Arbitragem interna e Comercial Internacional envolvendo contratos públicos.

Este trabalho dissertativo pretende discernir as recorrentes recusas da doutrina clássica e da jurisprudência conservadora à apropriação dos métodos não-estatais para dirimir conflitos, e responder à inquietante indagação que evoca a possibilidade dos litígios provenientes de relações entre o setor público e os particulares serem resolvidos por arbitragem.

A par de uma resposta afirmativa à inquirição sugerida, questiona-se, ainda, em que medida as usuais relações entre a iniciativa privada e os entes públicos, regulados por normas de direito público, restam compatíveis com o sistema de atuação da jurisdição privada, sobretudo para o atendimento das exigências contemporâneas de resolução.

De posse dessas proposições, que se toma como a problematização da presente investigação, o objeto desta pesquisa se conforma na averiguação da arbitragem de litígios

⁴ BAPTISTA; MAGALHÃES, José Carlos de. *Arbitragem Comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 43

⁵ GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 37

com entes públicos, tanto no plano interno, quanto na esfera internacional. Insta, no entanto, remarcar, com o fito único de não desvirtuar o corte metodológico, que das análises empreendidas restam excluídas as arbitragens de Direito Internacional Público, tampouco se adentrará nas controvérsias das inversões estrangeiras.

A realização do estudo ora projetado se justifica na necessidade de se compreender e, conseqüentemente, de se decodificar o sistema nacional de solução de conflitos no âmbito dos contratos públicos, e definir as modalidades de sua respectiva aplicação, enfatizando, sobremaneira, a relevância de se obrar mecanismos de harmonização do arcabouço legislativo posto à disposição dos interessados na busca de instrumentos heterocompositivos privados para debelar litígios administrativos.

Em síntese, delimita-se o tema em apreço na investigação dos usos do instituto da arbitragem e suas espécies, bem como em seu histórico e origens, e finalmente, em suas projeções no ordenamento brasileiro, com vistas ao aperfeiçoamento dos métodos alternativos de deslinde dos dissensos em contratos firmados por entidades públicas brasileiras, seja em âmbito local, seja em seara transnacional, focalizando, ainda, ao final, as proposições amealhadas no direito português para eventuais ajustes e avanços nas disposições atualmente imperantes.

A estruturação proposta para o trabalho se materializa da seguinte forma: neste tópico, referente às anotações propedêuticas ao entendimento das linhas a serem percorridas, procura-se demonstrar, sinteticamente, os diversos aspectos que serão tratados no estudo, bem como o que se vislumbra como objetivo final para o mesmo.

No capítulo I, tratar-se-á da perspectiva conceitual da arbitragem e as espécies derivadas do gênero. Nessa parte, será esboçado, ainda, um breve esboço histórico do instituto nos cenários mundial e brasileiro.

Em continuidade, serão tecidas considerações concisas sobre a polêmica da natureza jurídica do instituto arbitral, e suas implicações para o tema proposto, mormente quanto às indagações acerca da presença de atributos jurisdicionais às práticas perpetradas pela via arbitral, rumando para o disciplinamento da arbitrabilidade.

A seguir, abre-se espaço para discorrer, resumidamente, sobre as vantagens e desvantagens genericamente percebidas da arbitragem, e o desafio cultural que consagra a aceitação desapegada desses benefícios e malefícios para a manutenção da ordem processual e administrativa.

Por sua vez, no segundo capítulo, após apresentação de superficiais definições da Administração Pública Direta e Indireta, serão abordadas as observações sobre os contratos firmados pelas entidades públicas, sejam eles alcunhados como de natureza privada, contratos administrativos ou contratos internacionais, e para tanto, serão detalhados cada uma das espécies em registro, para o necessário esquadramento da utilização do instituto arbitral para dirimir controvérsias em cada uma das modalidades investigadas, sem que haja o anseio de avançar nas complexidades distintivas de cada um dos institutos.

No terceiro capítulo, tendo por base que a aceitação da utilização da arbitragem quando da figuração de entidades públicas como interessadas resulta na identificação das diferentes perspectivas de contratação [quer esteja erigida, *a uma*, em relações de cunho jurídico-privado, assemelhados aqueles, pois, ao particular – ocorrências estas em que quase inexitem celeumas quanto à sua admissibilidade; quer esteja, *a duas*, mantida sobre o ponto nevrálgico da questão, focalizado na atuação estatal (ou paraestatal), entendidos os entes como potenciais envolvidos em juízos arbitrais privados, em virtude de conflitos surgidos em negociações nas quais funcionam como contratantes imbuídos dos poderes de império], anseia-se apropriar de algumas constatações jurisprudenciais e das leituras doutrinárias que consubstanciam as polêmicas derivadas deste temário, tanto na resolução de controvérsias entre nacionais, quanto na presença de elementos de estraneidade.

Propõe-se como meta apurar estas últimas possibilidades, à luz do ordenamento jurídico vigente, identificando os panoramas e as projeções para o início dessa segunda década do século XXI, sem prejuízo de se consagrar um flerte bem-intencionado com as percepções legislativas e doutrinárias expostas pelo direito português acerca da matéria.

O trabalho intenta arrolar as condições que habilitam proceder à adoção dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos nacionais e internacionais, concedendo especial ênfase à arbitragem doméstica e à Arbitragem Comercial Internacional que ostente como objeto litigioso uma controvérsia de natureza administrativa, calhando, ainda, na captação não exaustiva, e meramente exemplificativa, de julgados paradigmáticos das Cortes estaduais e dos *leading cases* emanados dos Tribunais Superiores.

Pelo afastamento de dogmas trazidos pelas acepções de arbitrabilidade e suas vertentes, o ensaio em desenvolvimento almeja promover a associação de interesses intrínsecos à atividade estatal: a preservação da soberania estatal e das conquistas principiológicas constitucionais conjugadas com a suscetibilidade de apreciação de litígios administrativos pela justiça privada.

No que se refere à arbitragem doméstica, o intento do trabalho monográfico se sustém no distanciamento da mimetização da defesa da inarbitrabilidade de conflitos em que haja envolvimento de entes públicos.

Ainda no terceiro capítulo, analisar-se-á a Arbitragem Comercial Internacional sob a ótica das contratações internacionais da Administração Pública Direta e Indireta, arrolando sua repercussão na produção acadêmica, sobremaneira no que tange à questão da imunidade de jurisdição.

Neste aspecto, a presente dissertação anseia proceder ao esclarecimento da grande valia que significa a consolidação de uma real abertura à possibilidade de manejo da via arbitral para debelar conflitos de que seja parte o Estado ou entidades de sua estrutura orgânico-administrativa, sobremaneira em prestígio ao princípio da confiança e da boa-fé negocial, para que reste definitivamente superada a hipótese de submissão obrigatória à jurisdição estatal do próprio Estado contratante, em desfavor da expectativa do contraente estrangeiro, que, invariavelmente, ainda que de forma implícita, levanta questionamentos sobre a isenção/imparcialidade da apreciação judicial.

Finalmente, ainda no capítulo em referência, a anteceder as considerações finais, esboça-se uma breve análise de equivalências e dessemelhanças do entendimento lusitano sobre os questionamentos fixados na empreitada da arbitrabilidade administrativa, sem qualquer expectativa de funcionar como um estudo comparado analítico, quando muito, uma observância sumarizada das bem-sucedidas conquistas passíveis de apropriação pela legislação e jurisprudência brasileiras.

Em linhas gerais, o desprezioso propósito das colocações adiante listadas fixa-se na adequação das percepções refratárias à importância do mecanismo privado de eliminação de contendas de cunho administrativo, bem assim, busca reanimar o debate sob um ponto de vista vanguardista, porém sem ambições inovadoras.

Em suma: O objeto deste bosquejo sustenta-se na busca de uma interface entre o direito processual, o direito administrativo e o direito internacional privado, a fim de trazer ao cotidiano da sociedade a análise e o desenvolvimento crítico de temas tão emergenciais e complexos como os que se propõe ao se aventar a utilização de métodos extrajudiciais adequados à resolução de conflitos, de ordem nacional e internacional, com o envolvimento de entes públicos.

CAPÍTULO I - ARBITRAGEM

Nas breves linhas deste tomo proceder-se-á a mínima definição da arbitragem, avançando para marcos históricos do desenvolvimento de mecanismos de eliminação de dissensos, para, ao final, introduzir o dilema da fixação da natureza jurídica do instituto e pontuar os potenciais benefícios da adoção da arbitragem, assim como as considerações enunciadas pela doutrina como entraves à plena utilização da via arbitral.

Como já salientado no intróito, esta sede intenta proclamar os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos como alternativa viável e célere de mitigação de eventos litigiosos havidos nos contratos firmados por entidades públicas brasileiras, e para tanto, não se pode desprezar a necessidade de aclaramento das bases estruturais da arbitragem para o atingimento dos fins investigativos pretendidos.

Serão abordados, nessa ordem, os pontos afetos à conceituação do instituto arbitral, repousando, ainda, sobre sua fixação legal no ordenamento jurídico pátrio, caminhando, após, para a investigação de sua natureza jurídica e as impressões preliminares distintivas da arbitragem doméstica e internacional.

A seguir, levantar-se-á a questão da arbitrabilidade, elemento motivador do entendimento da discussão que gravita em torno da juridicidade de utilização da “justiça privada” para afastamento de dissídios em contratos de natureza administrativa.

Finalmente, passa-se a discorrer sobre as vantagens da arbitragem, tomando como parâmetro a prestação jurisdicional estatal, bem como as constatações doutrinárias que consolidam óbices ao manejo do instituto.

Frise-se e repise-se: as considerações externadas nesta parte do trabalho e prestam a consolidar a compreensão do temário da arbitragem, não se almeja, todavia, descer a particularidades do instituto, por não ser este o objeto principal da pesquisa desenvolvida.

1.1. Conceituação de Arbitragem

A caracterização do instituto-base da presente pesquisa passa necessariamente pela apresentação do quadro econômico da segunda metade do século XX⁶⁻⁷.

Para descortinar as circunstâncias conjunturais narradas, impõe-se focalizar dois fenômenos das relações comerciais eminentemente antagônicos: a dinamização-diversificação das operações mercantis – associadas à litigiosidade delas decorrentes – e o insuperável emperramento da máquina judiciária⁸.

Nessa toada, salienta-se como aspectos favorecedores à revitalização da arbitragem a constatação de que a diversidade econômica apurou as necessidades de métodos hábeis à resolução de contendas⁹, ainda que esses mecanismos fossem há muito conhecidos:

⁶ BARBI, Celso. Execução específica de cláusula arbitral. In: *Revista dos Tribunais/ Fasc. Civ.* a. 85, v. 732, pp. 64-74, out. 1996. p. 64

⁷ Mais sobre a perspectiva histórica, os dilemas e a importância das ocorrências da Era dos Extremos para a projeção sócio-política e as convergências econômicas em: *O século XX no mundo e no Brasil*. In: JAGUARIBE, Hélio. *Brasil, mundo e homem na atualidade: estudos diversos / Helio Jaguaribe*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008. pp. 111-118; HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. *passim*, especialmente a partir do detalhamento dos “Anos Dourados”.

⁸ Veja-se: “Países desenvolvidos têm procurado dar impulso à arbitragem por se revelar uma instância alternativa à realização jurisdicional do Estado, comprovadamente demorada, como ocorre no Brasil, não só por entraves processuais, como também pelo invencível volume de demandas (tramitam em todo o país, nas várias instâncias, cerca de 70 milhões de processos), máxime após a Constituição Federal de 1988”. Cf. FONSECA, José Arnaldo da. Jurisdição estatal e jurisdição arbitral: conflito aparente. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 6, v. 23, pp. 49-49, out. 2009. p. 49

⁹ “A Lei 9.307, de 23.09.1996, que se tornou conhecida como ‘Lei Marco Maciel’, vem a lume como fruto de um esforço tendente a revitalizar o instituto do juízo arbitral. De inspiração nitidamente privatística, aparece justamente no momento histórico em que as relações comerciais rompem de uma maneira nunca dantes vista as fronteiras territoriais dos países, fazendo aparecer o fenômeno que se convencionou chamar de “globalização da economia”. Embalada pelo avanço tecnológico, a economia se superdimensiona, oportunizando a que empresas de qualquer parte do mundo possam realizar investimentos e auferir lucros nos mais diversos países, cujas

[...] diversos segmentos econômicos começam a buscar para a solução de controvérsias, alternativas que se mostrem suficientemente versáteis, rápidas e eficientes no atendimento às necessidades da atividade negocial, que evoluiu mais rápido que o próprio Direito.

Curiosamente, a resposta a essa busca tem sido encontrada em um instituto antigo: a arbitragem privada [...]¹⁰.

Ao se cogitar uma conceituação mínima do instituto da Arbitragem, não se pode olvidar a definição que a enquadra como “meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais disponíveis através do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral”¹¹.

Embasado em um plano de definição generalizante, logo, sem exaurir as potencialidades e diversidades do instituto, é possível afirmar que:

A arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na arbitragem existe o ‘julgamento’ de um litígio por uma ‘sentença’ com força de coisa julgada¹².

A este respeito elucida Carmona¹³ que a natureza impositiva da solução arbitral, entendida como meio heterocompositivo de solução de controvérsias a diferencia e a afasta da conciliação e da mediação, estas duas últimas percebidas como mecanismos autocompositivos de solução de litígios.

economias estão integradas pelos laços da rede mundial de comunicação, tendo como centro desse novo império e como poder hegemônico os Estados Unidos da América.” REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. Aspectos do instituto da arbitragem. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 743, set. 1997. p. 64

¹⁰ BARBI, 1996, p. 64, nota 6.

¹¹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem*. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 15.

¹² ALVIM, J. E. Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamento, 2005. p. 14.

¹³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 32

Costumeiramente a arbitragem é conceituada como instrumento alternativo de resolução de controvérsias, por meio do qual os interessados alcançam dirimir seus conflitos em esfera alheia ao âmbito judicial¹⁴.

Ao remarcar as distinções terminológicas do instituto, destacando a disposição de noções conceituais que ensejam a percepção da arbitragem em sentido amplo¹⁵, além de sua diferenciação e encarte pelo entendimento de sua natureza jurisdicional¹⁶ ou contratual¹⁷, conclui-se que a definição operada retrata a escolha da investigação doutrinária¹⁸ adotada, propiciando, assim, por força de critérios axiológicos, a frutificação de correntes que observam o fenômeno arbitral sob vários vieses, porquanto inexistente qualquer tipificação legal que a consubstancie.

Na acepção etimológica e enciclopédica, arbitragem provém do latim *arbitrari*, que denota “ver, presenciar um ato; daí julgar. Hoje, designa os entendimentos mediante os quais as partes interessadas entregam a solução de conflitos existentes entre elas a um órgão imparcial – instituição ou pessoa – com exclusão da via judiciária ou administrativa, aceitando de antemão a sua decisão”¹⁹.

Para José Cretella Neto²⁰ a arbitragem se afigura como uma jurisdição privada, opção derivada da vontade das partes ou da decisão do legislador, oportunidade em que se opera

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 854.

¹⁵ KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem: conceito e pressupostos de validade: de acordo com a lei 9.307/96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 16

¹⁶ Para análise sobre o aspecto jurisdicional, e observância da discussão da natureza publicística, e suas incongruências, questões que também serão abordadas posteriormente (vide item 1.4), veja mais em: COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a Lei 9307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. pp. 20-23

¹⁷ Cristiane Maria Henrichs Coutinho narra, ainda, sobre a natureza privatística do instituto da arbitragem, sintetizando os posicionamentos que o caracterizam como elemento contratual. Cf. *Idem, Ibidem*, pp. 23-28.

¹⁸ KROETZ, 1998, p. 16, nota 15.

¹⁹ ÁVILA, Fernando Bastos de. *Pequena Enciclopédia de doutrina social da Igreja*. São Paulo: Loyola, 1993. p. 27

²⁰ *Curso de arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 12. A par do comentário acima narrado, é evidente que, no processo judiciário, uma plêiade de recursos, nem sempre interpostos de boa-fé, e o volume das causas além das pautas, publicações e prazos, além dos percalços burocráticos inerentes ao sistema, dificultam a desejada celeridade procedimental, enquanto que a informalidade intrínseca da arbitragem a favorece.

o deslocamento do poder-dever de julgar para órgãos diversos daqueles instituídos pelos tribunais estatais, investindo o órgão jurisdicional privado de atributos idênticos aos dos integrantes da organização judiciária estatal para elidir o conflito em um caso concreto, contudo, de forma mais ágil e dinâmica.

Leon Frejda Szklarowsky²¹ sintetiza os arremedos de conceituação frisando ser a arbitragem uma forma alternativa de composição de litígio que se realiza por meio da intervenção de terceiro (ou terceiros), indicado(s) pelas partes, estabelecendo-se entre ambos uma relação de confiança. Com a assinatura da cláusula compromissória, ou do compromisso arbitral, a arbitragem assume caráter obrigatório e a sentença tem força judicial.

Importa salientar, ainda, alguns apontamentos sobre a arbitragem que a titulam como uma instituição considerada, por um ponto de vista sistemático, como um fenômeno destinado a atender, na sua dimensão prática, as formas de proteção judicial inatingíveis pela lentidão e/ou pelos instrumentos procrastinatórios passíveis de serem manejados perante os Judiciários nacionais.²²

Os critérios de definição apresentados até o momento se fundam na teoria que propugna a arbitragem como uma das espécies de métodos alternativos²³ à jurisdição estatal, esta última percebida equivocadamente por alguns juristas como única instância legitimada à resolução de conflitos interpessoais²⁴.

²¹ Arbitragem marítima. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano XII, n. 277, pp. 39-41, 31 de jul. 2008. p. 40

²² Lê-se na citação em registro as ponderações de Valentina Bertoldi, quando expressa “alcune riflessioni sull’arbitrato come istituto considerato da un punto di vista sistematico e come fenomeno destinato a confrontarsi, nella sua dimensione pratica, con le forme di tutela giurisdizionale”. Cf. BERTOLDI, Valentina. L’arbitrato come giudizio privato: profili sistematici e connessione per garanzia. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè editore, pp. 289-319, 2005. p. 289

²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 82

²⁴ Quanto à resistência à utilização de mecanismos menos ortodoxos de julgamento, Figueira Júnior ressalta o desacerto e a impropriedade de elevar a jurisdição estatal à condição de ente exclusivo para dirimir conflitos. Relembra que o suposto monopólio jurisdicional pelo Estado deriva de mentalidades que não se adaptaram às exigências hodiernas e aos novos tempos, razão pela qual sugere uma emergencial reengenharia do conceito de jurisdição. Mais em: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem e monopólio jurisdicional: legislação nacional e estrangeira*. São Paulo: LTr, 1998. pp. 14-16

Ainda a título conceitual, após tomar por fundamento as características principais que manifestam a sua diferenciação, Tânia Lobo Muniz²⁵ concebe a arbitragem “como procedimento jurisdicional privado para solução de conflitos, instituído com base contratual, mas de força legal, com procedimento, leis e juízes estabelecidos pelas partes, e que subtrai o litígio da jurisdição estatal”.

Com arrimo no raciocínio ora enfatizado, há quem conclua que “a arbitragem, assim, torna-se extensão necessária do direito contratual.”²⁶

A orientação em comento destoa da impressão de Ricardo R. Balestra²⁷ para quem a arbitragem se afigura como “un posible medio de solución de controversias no resueltas por los tribunales nacionales es el arbitraje [...]. Éste es concebido como un medio de solución de disputas nacionales y/o internacionales. Así considerado, el arbitraje es más un procedimiento que una solución sustancial.”

Tendo em mira a conceituação basilar do instituto, e a diferenciação da via arbitral em relação à tutela jurisdicional estatal, enfatizando, ainda, a adequação do método ao escopo de celeridade e eficiência, dado o substancial aporte de elementos de assecuração do resultado definido pelo árbitro, José Maria Rossani Garcez²⁸ destaca que:

A arbitragem, diferentemente da jurisdição estatal, do poder de fazer justiça pelo Estado, advém da convenção privada, e, também, antecipando o tema, passou a implicar num sistema de garantias processuais, que asseguram o amplo contraditório a recepção da sentença arbitral com força executória e isso também em termos internacionais, além de uma sistemática técnica com um mínimo de revisão legal, que não pode ou não deve, todavia, implicar propriamente no desvirtuamento do processo com a criação de uma segunda ou terceira instância recursal.

²⁵ *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 40

²⁶ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Arbitragem e interpretação contratual. In: *Direito no século XXI*. Elizabeth Accioly (coord.). Curitiba: Juruá, 2008. pp. 287-298, especialmente p. 287

²⁷ *Derecho Internacional Privado*: Parte Especial. Buenos Aires: LexisNexis - Abeledo-Perrot, 1997. p. 229

²⁸ GARCEZ, 2007, pp. 10-11, nota 05.

Carmona²⁹ reaviva a discussão travada sobre a definição do instituto registrando o grande desacerto terminológico que significa referir-se a arbitragem como mecanismo alternativo, registrando que lhe soa correto a menção a “método adequado” ao revés da designação corriqueiramente usada.

Fugindo ao lugar comum da repetição tautológica que identifica a arbitragem como método, em âmbito internacional sobressai como conveniente pôr em relevo sua condição institucional, nesse jaez, considera-se, em sentido abstrato, o conjunto de normas ou disposições do Direito que coordenam as relações jurídicas entre partes, árbitros e a jurisdição estatal.³⁰

De forma a clarificar as constatações em apreço, Nelson Rosenvald³¹ enuncia:

A arbitragem é o meio extrajudicial de solução de conflitos, por meio do qual árbitros resolvem divergências relativas a direitos patrimoniais disponíveis, com base na convenção de arbitragem pactuada entre as partes. Portanto, no seu espectro limitado não cabe discussão acerca de questões de estado, capacidade das pessoas, direitos difusos e matérias que reclamam a intervenção do Ministério Público. A arbitragem é adequada às hipóteses de cabimento de transação, caracterizando-se esta última, todavia, pela composição dos conflitos pelos próprios interessados, quando na arbitragem as partes, de comum acordo, transferem a solução da pendência a terceira pessoa (árbitro).

Afastadas as discordâncias conceituais, extrai-se das ponderações registradas certa uniformidade na estipulação dos elementos indispensáveis à caracterização da arbitragem, quais sejam:

i. a ocorrência de controvérsia entre pessoas capazes, interessadas na resolução do litígio, devendo restar patenteado que o conflito verse sobre direitos patrimoniais disponíveis;

²⁹ CARMONA, 2009, p. 33, nota 13.

³⁰ LERA, Silvia Gaspar. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamplona: Aranzadi, 1998. pp. 52-53

³¹ *Direito da obrigações e responsabilidade civil*/ Nelson Rosenvald. - Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 107.

ii. a fixação da submissão ao comando arbitral proveniente de um ou mais árbitros indicados para dirimir um litígio previamente delimitado.

Marcelo Gonçalves Dias Vilela³² avança nas impressões classificadas, preceituando, em interessante síntese, os elementos formadores e distintivos da conceituação arbitral:

Elementos formadores do conceito de arbitragem: caracteres comuns a todas as definições citadas podem ser extraídos. A identificação destes é suficiente para, atribuindo-se unidade ao estudo da arbitragem, reconstituir o seu conceito. São eles: a arbitragem como instituição; a necessária existência de um litígio a ser pacificado; a intervenção indispensável e decisiva de um terceiro não vinculado e que não represente a jurisdição estatal; manifestação obrigatória de vontades das partes (caráter facultativo) para a formação do Juízo arbitral; inexistência vedação legal de submissão do litígio a um juízo não estatal (arbitrabilidade); e ainda a obrigatoriedade da decisão prolatada.

As máximas da utilização da via arbitral estão assim configuradas: a paridade como referência de atuação e a liberdade de contratar, da qual decorre o princípio da autonomia da vontade, ou seja, a possibilidade de pleno exercício de escolha pelo método extrajudiciário, como sua essência.

E por suficientes e exaustivas as considerações transcritas, destarte, considerando a relevância do instituto, concebe-se como relevante que se opere, a seguir, o destaque de uma historiografia crítica da arbitragem, desde tempos imemoráveis até a diagramação posta pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, rememorando os propósitos da pesquisa, insta prevenir que os apontamentos fixados adiante devem ser encarados tão-somente como um conciso delineamento histórico da Arbitragem nos direitos internacional e pátrio.

³² *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 32.

1.2. Antecedentes Históricos da Arbitragem no Direito Internacional – o status arbitral desde os primórdios até a contemporaneidade³³

Em observância a alguns esclarecimentos doutrinários, vozes sustentam que “a justiça privada (o recurso à arbitragem) é utilizada desde os tempos bíblicos.”³⁴

Diz-se com maior precisão temporal que representações havidas em descobertas semasiológicas apontam para utilização de regras arbitrais como forma de dirimir desentendimentos entre componentes de tribos primitivas, conflagrando “a arbitragem como forma de manutenção e integridade de seus membros que resolviam pelo enfrentamento físico as discordâncias e divergências de vontade.”³⁵

Figueira Júnior³⁶ enuncia que a arbitragem se amolda como um dos mais antigos institutos jurídicos a que se reporta a História do Direito.

Salienta-se, ainda, a posição temporal da arbitragem, e seus usos, desde tempos remotos, pontuando as distinções com os demais métodos primitivos de resolução de pendências intersubjetivas, reputados inconvenientes desde a idealização de mecanismos pacíficos:

Historicamente, pois, a arbitragem é anterior à jurisdição, surgindo na civilização numa fase subsequente ao primitivo regime da autotutela ou defesa

³³ O estudo pormenorizado da historiografia do instituto deve se operar em sede própria, aconselha-se: ARGOLLO, Oscar. Anotações históricas sobre arbitragem, desde os primórdios até atualidade, pp. 1-27. In: ***Prática em arbitragem***. / coordenação Teresa Cristina G. Pantoja; Carlos Henrique de C. Fróes. [et al.] Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008; LOTUFO, Renan. Arbitragem: experiências e procedimentos. Da Grécia ao Brasil: um trajeto histórico-constitucional de experiências e procedimentos. In: ***Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo***: Nova Série, v. 12, n. 23, pp. 287-296, jan./jun. 2009; CARREIRA ALVIM, J. E. ***Comentários à Lei de Arbitragem - Lei 9.307, de 23 de Setembro de 1996***. 2. ed. rev. e atual. por Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral, 2006. pp. 17-21; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. ***Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307 de 23.09.1996***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pp. 23-40; DAWSON, J.P. ***A history of lay judges***. Cambridge: Harvard University Press, 1960. *passim*.

³⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem contribui para a modernização da Justiça. In: ***O Estado de S. Paulo***. São Paulo. Caderno Justiça, n. 35969, 11. abr. 1992. p. 12

³⁵ TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. ***A nova arbitragem***: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96. Porto Alegre: Síntese, 1997. p. 03

³⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. ***Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307 de 23.09.1996***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pp. 23-24

privada, ou ainda, da autocomposição, quando os indivíduos foram dando conta dos inconvenientes desses sistemas, principalmente daqueles em que imperava o regime de força individual, e passaram a submeter suas questões à solução amigável e imparcial de árbitros, antes da organização da Justiça estatal. Subsiste em concomitância com a jurisdição do Estado, como meio legal opcional de solução de litígios, principalmente no comércio internacional³⁷.

Com substrato em referida asserção, discute-se o desenvolvimento da percepção histórica da arbitragem, e as decorrências contemporâneas no âmbito processual da apropriação do vácuo de efetividade deixado pela jurisdição estatal, derivado do incremento quantitativo das demandas que exigem resolução, restando salientar que os progressos e retrocessos havidos têm refletido, obrigatoriamente, os parâmetros da sociedade que as recebe³⁸.

Acerca da recepção do instituto, não exorbita rememorar a utilização dos mecanismos nos primórdios da sociedade, a saber:

Historicamente, o auxílio para que as partes possam chegar à solução de seus conflitos, com apoio de terceiros, conselheiros ou mediadores, escolhidos entre os mais sábios e experimentados, ou mais idosos, ou entre os chefes dos clãs e das tribos, também passou a compreender historicamente uma fórmula mais aristocrática, em que esse elemento mais sábio ditava, por assim dizer, a solução para o problema, que as partes, pela convenção tribal, deveriam observar.³⁹

Do curso histórico, assiste-se a bem-sucedidas incursões da via arbitral nas Civilizações da Antiguidade⁴⁰, “existem registros da prática dos métodos não adversariais, em especial a mediação, 3.000 anos antes de Cristo e de que no Oriente antigo os hebreus, por meio de

³⁷ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Considerações gerais sobre a arbitragem e seu reordenamento. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 85, pp. 200-211, jan.-mar. 1997. p. 200

³⁸ É possível resumir a rebarbativa discussão acerca da resistência da legislação pátria à apropriação da arbitragem com a indução de que “[...] tomando por pressuposto lógico que não são as leis que formam uma sociedade, mas que estas, históricas em si, são feitas a partir do que uma sociedade pensa ou deseja de si”. (Cf. CASTRO, Flavia Lages. *História do direito: geral e Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 05)

³⁹ GARCEZ, 2007, p. 12, nota 05.

⁴⁰ ARGOLLO, Oscar. Anotações históricas sobre arbitragem, desde os primórdios até atualidade. pp. 1-27 In: *Prática em arbitragem*. / coordenação Teresa Cristina G. Pantoja; Carlos Henrique de C. Frões. [et al.] Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. pp. 2-8.

uma Câmara composta por três árbitros, denominada Beth-Diam, resolviam os litígios privados pela via arbitral”⁴¹.

Em momento histórico posterior às civilizações primitivas, as incipientes codificações consagradas, de forte cunho religioso, *ex vi* o regramento do Direito Muçulmano⁴², prestigiavam a opção por métodos arbitrais, merecendo registro as disposições da Suméria, da Mesopotâmia e da Palestina, dentre as mais preponderantes.⁴³

Enfatiza-se, ainda, o peculiar caso da Grécia⁴⁴, donde se extrai o resgate da relevância do papel dos sábios e anciãos, apontando a quem assistia o direito em casos concretos.

Segundo Walter Vieira do Nascimento⁴⁵, “no sistema grego, evidentemente mais evoluído, prevalecia o princípio de que, para se intentar a ação, era necessário que o litígio já tivesse sido apreciado por um árbitro”, evento que inequivocamente consolida o instituto da arbitragem obrigatória.

Em Roma obrou-se um giro metodológico da concepção de arbitragem, revitalizando o instituto que se sedimentou como germe à jurisdição estatal.

Interessante consideração firma Carreira Alvim⁴⁶ no que atine à identificação da arbitragem em suas origens remotas, imputando ao Direito Romano a definição de seus primeiros passos institucionais:

⁴¹ GARCEZ, 2007, p. 15, nota 05; ARGOLLO, 2008, pp. 2-8, nota 40; Com breves modificações: MAIA NETO, Francisco. *Arbitragem: a solução extrajudicial de conflitos*. 2. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 5.

⁴² ARGOLLO, 2008, p. 9, nota 40.

⁴³ *Idem, ibidem*, pp. 2-3

⁴⁴ *Id., ibid.*, pp. 4-5

⁴⁵ *Lições de história do direito*. 11. ed. rev. e aum. - Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 116

⁴⁶ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem* - Lei 9.307, de 23 de Setembro de 1996. 2. ed. rev. e atual. por Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral, 2006. p. 17

Quem se disponha a fazer uma busca sobre a origem da arbitragem, na sua forma mais primitiva, por certo não vai encontrá-la, pois ela se perde nas dobras do tempo, mas, na sua forma mais civilizada, vai, sem dúvida, encontrá-la em Roma, primeiro de forma exclusiva e, depois, convivendo com a justiça estatal. No princípio, quando ainda inexistia o Estado como poder político, os conflitos de interesses eram resolvidos pelos próprios litigantes ou pelos grupos a que pertenciam, sendo a transposição dessa modalidade de *justiça privada* para a *justiça pública* produto de uma lenta e segura evolução.

À guisa de esclarecimento acerca da relevância da participação do Direito Romano na disseminação da estrutura institucional da arbitragem, retrata-se a apropriação de técnicas de solução de conflitos, que, em última análise, conduzirão à consolidação da jurisdição estatal:

Tratava-se da gênese da jurisdição, encampada pelo Estado na Roma Antiga, e do provimento da decisão arbitral, numa mescla da metodologia privada de justiça com o método arbitral, recepcionado pela jurisdição estatal, que é, na essência, o mesmo até nossos dias. Apenas uma técnica para solução de conflitos, em que as partes delegam aos árbitros decisão sobre seus problemas, decisão essa que elas se obrigam a cumprir, fiel, espontaneamente e de boa-fé.⁴⁷

Pelo *Corpus Juris Civilis*, Roma instituiu o protótipo de jurisdição estatal atualmente imperante, a despeito de registrar a evolução do instituto propiciando o advento da opção dicotômica pela figura do árbitro (*arbiter*) e do magistrado⁴⁸, restando consolidada a seguinte estrutura:

Em Roma, durante a profícua construção do magnífico arcabouço de regras jurídicas, que, por doze séculos, desde a fundação da cidade em 753 a.C., vigoraram no império romano, as quais foram posteriormente resgatadas e influenciaram todos os sistemas legais da terra, a arbitragem foi intensamente praticada de forma oficial. [...] [N]a segunda fase da instância romana de julgamento, o sistema praticado envolvia juízes, os árbitros, os recuperadores e os tribunais permanentes.

O juiz (*judex*) era, na concepção romana, um jurado, ou seja, não um magistrado, pessoa investida de poderes e convocada de forma permanente para conhecer o processo, mas alguém particularmente chamado para *julgar um caso determinado*. Em princípio, era escolhido, pelas partes, entre os senadores e, assim, funcionava como um árbitro legal.

⁴⁷ GARCEZ, 2007, p. 12, nota 05.

⁴⁸ ARGOLLO, 2008, pp. 4-5, nota 40.

O árbitro (*arbiter*), a sua vez, era um simples particular encarregado, assim como o juiz, de decidir uma determinada questão. O juiz era sempre singular – o *judex unus* – mas podia haver vários árbitros.⁴⁹

Esclareça-se que a figura do árbitro repousava sobre “um simples particular”⁵⁰, por não se tratar de autoridade ou funcionário do Estado, a despeito disso, era a ele quem se incumbia a prolação de sentença após a produção de provas pelas partes⁵¹.

Seguindo a linha temporal, o período compreendido como Idade Média testemunhou o incremento da arbitragem como método hábil a dirimir conflitos, perdurando a sua importância na resolução de litígios de senhores feudais ou comerciais⁵², ante a “ausência de leis ou sua excessiva dureza e incivilidade; falta de garantias jurisdicionais; grande variedade de ordenamentos; fraqueza dos Estados; e conflitos entre Estado e Igreja”⁵³.

Ainda na Idade das trevas se operou a instituição da Arbitragem Comercial Internacional⁵⁴, em formato embrionário à hodierna.

Após esse apogeu, foi vivenciada a fase de decréscimo de importância da via arbitral, vez que aflorou a massiva opção pela jurisdição estatal, eminentemente formalista e morosa⁵⁵,

⁴⁹ GARCEZ, 2007, pp. 15-16, nota 05.

⁵⁰ NASCIMENTO, 1999, p. 119, nota 45.

⁵¹ Excelentes ponderações e esclarecimentos sobre os mecanismos de resolução de conflitos na Roma Antiga na referencial obra de Moreira Alves, oportunidade em que o autor discrimina as quatro indiciárias etapas da conformação jurisdicional, desde a paulatina mitigação da autotutela, passando pelo arbitramento facultativo e obrigatório, até a vedação da justiça privada e instauração da jurisdição estatal. Vide: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 10. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1996. pp. 203-204

⁵² A par das peculiaridades das fases em registro, enfatiza José Alexandre Tavares Guerreiro que a arbitragem praticada na Idade Média certamente não decorre das mesmas exigências que hoje se fazem presentes e que justificam o instituto, e o mesmo se aplica às épocas concebidas anteriormente e adiante. In: *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 4

⁵³ CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 42. Por seu turno, Pedro Antônio Batista Martins corrobora ao afirmado, ao asseverar que “[e]ssa revitalização, sem dúvida alguma, deveu-se ao incremento do comércio estabelecido entre os indivíduos, à maior facilidade nas comunicações, bem como ao crescente inter-relacionamento dos Estados”. Cf. *Arbitragem através dos tempos: obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil*. [s.d.] Disponível em: <<http://www.batistamartins.com/batistamartins.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2010.

⁵⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, pp. 23-24, nota 36.

⁵⁵ NASCIMENTO, 1999, p. 121, nota 45; No mesmo sentido, Pedro Antônio Batista Martins anota que “[n]o século XIX, a prática da arbitragem desacelera-se, em razão de sua processualização exagerada, resultante das

trazida a galope pelo liberalismo jurídico e as disposições constitucionais de garantias mínimas.

O regramento da arbitragem se reavivou com o Direito Canônico⁵⁶, já no início do século XX, reflexo dos ares *belle époque* e seus frutíferos resgates, e se proliferou na tentativa de composição de entrechoques de Estados-nação, para dirimir conflitos de fundo beligerante ou para demarcação geográfica.

Deste resgate simbólico pelo Direito Internacional Público, prosperou a retomada de importância e vigor da arbitragem comercial internacional a partir de 1950, como exigência demandada pela pressa do século XX, ressoando em um espantoso e festejado ressurgimento do instituto nas últimas quatro décadas, demonstrado pelo advento de legislações sobre a matéria ao redor do mundo, em especial na Europa:

As últimas três décadas têm sido palco mundial de um lento, porém gradativo, renascimento desse vetusto instituto jurídico de solução de conflitos, sem dúvida alguma, antecedente à jurisdição estatal, institucionalizado no direito clássico antigo e de larga utilização na Idade Média e cuja aceitação entre algumas classes empresariais, sob o influxo da atuação de suas corporações ou associações e sedimentação de seus usos e costumes, sempre foi tradicional em países como, por exemplo, a Inglaterra. O juízo arbitral, ou, simplesmente, a arbitragem, tanto interna, como internacional, vem merecendo, em anos recentes, uma nova roupagem estatutária, em países como a Grécia, em 1967 e 1971 (Leis 44 e 958), a Bélgica, em 1972 e 1985, a Dinamarca, em 1972 e 1973 (Lei 181 e Dec. 117), a França, em 1981 (Dec. 81.500), a Itália, em 1983 e 1994 (Leis 28 e 25, de 05.01.1994), Portugal, em 1984 (Dec.-lei 243), a Holanda e a Alemanha, em 1986, a Espanha, em 1988 (Lei 36). A Inglaterra, com seu Arbitration Act, de 1979, complementou os anteriores de 1950 e 1975. Da mesma forma, a Irlanda, cujo ato de 1954 foi alterado em 1980. Os países do leste europeu, igualmente, estão em processo de atualização de suas legislações sobre o assunto. Os Estados Unidos da América do Norte têm o assunto regido pelo Federal Arbitration Act datado de 1925, ampliado em 1970 (Chapter II), em vista da adesão daquele País à "Convenção relativa ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras", firmada em Nova York, em 1958, sob os auspícios da ONU.⁵⁷

reformas legais instituídas por Napoleão e que irradiaram-se pelo continente europeu, bem como, pela melhoria do sistema estatal de administração da justiça.” Cf. *Arbitragem através dos tempos*: obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. [s.d.] Disponível em: <<http://www.batistamartins.com/batistamartins.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2010.

⁵⁶ ARGOLLO, 2008, pp. 8-9, nota 40.

⁵⁷ SANTOS, 1997, p. 201, nota 37. Insta esclarecer, que, a despeito da citação mencionar três décadas, no texto do trabalho o período foi adequado para quatro décadas, porquanto a citação data de 1997.

Perpassada a análise do contexto internacional, impende rememorar o controvertido reaparecimento da arbitragem no direito positivo brasileiro⁵⁸.

1.3 Antecedentes Históricos da Arbitragem no Direito Brasileiro⁵⁹

À luz do entendimento de Antônio Carlos Wolkmer⁶⁰, reafirma-se as nuances da arbitragem brasileira, esclarecendo que “o mapeamento da historicidade do Direito nacional cobre não só sua legislação, instituições e idéias, mas também seus principais vultos, responsáveis por engendrar e reproduzir uma certa especificidade de cultura jurídica no país”.

Ao se deter sobre a via arbitral, percebe-se que o somatório de dadas inconsistências e de crises de legitimação de poder resultou na inaceitação da arbitragem no contexto nacional.

Malgrado a sempre alardeada hostilidade brasileira à Arbitragem⁶¹, e aos demais métodos de solução extrajudicial de embates interpessoais, supostamente estranhos à verve jurídica nacional, fato é que, historicamente⁶², a via arbitral apresentou-se como um mecanismo

⁵⁸ MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990. pp. 17-21

⁵⁹ Como já registrado na nota 33 deste, o estudo pormenorizado da historiografia do instituto deve se operar em sede própria, para um breve panorama do esboço histórico da Arbitragem no Brasil aconselha-se, por todos: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem e monopólio jurisdicional*: legislação nacional e estrangeira. São Paulo: LTr, 1998. pp. 14-16; COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a Lei 9307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. pp. 29-38; LEMOS, Luciano Braga. *A arbitragem e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. pp. 21-80; PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em história*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. pp. 143-168; LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: *Fundamentos de história do direito*. (org.) Antônio Carlos Wolker. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. pp. 400-409; OLIVEIRA, Hilário de. *Direito e negócios internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. pp. 152-156; LENZA, Vítor Barboza. *Cortes Arbitrais*. Goiânia: AB, 1997. pp. 05-09; MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Arbitragem através dos tempos*: obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. [s.d.] Disponível em: <<http://www.batistamartins.com/batistamartins.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2010.

⁶⁰ *História do direito no Brasil*. 4. ed. rev. com alterações Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 122

⁶¹ Dentre os processualistas modernos, ratificando a impressão apontada de recusa à aceitação de cunho jurisdicional à arbitragem: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 15-22 *passim*; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*: v. 1: *teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp.147-153 *passim*.

⁶² Eduardo Bregler disserta sobre a impopularidade da arbitragem em solo brasileiro, reforçando que a ausência de prestígio do instituto, antes de toda e qualquer consideração de natureza sociológica, deriva da sistemática legislativa: “No Brasil, entretanto, a arbitragem não tinha prestígio como meio de solução de litígios entre particulares. Nem se poderia dizer que o motivo fosse o desconhecimento dos operadores do direito sobre o

não-judicioso de resolução de litígios⁶³, inegavelmente eficiente, tendo contado com prestígio em solo pátrio até o século XIX, sobrevivendo ,após, o descrédito⁶⁴ proveniente do desuso, e a controvertida institucionalização empreendida pela Lei da Arbitragem, indubitosa tentativa de resgate de sua popularidade e efetividade.

Ao perpassar os aspectos institucionais da arbitragem no Brasil⁶⁵, tem-se que a ambiência histórica da arbitragem em solo pátrio retratou a manutenção de um sistema jurídico-administrativo híbrido, porém, único, sustentado na necessária participação-validação jurisdicional, até o advento da Lei Marco Maciel, que instituiu baliza definitiva de amadurecimento do instituto⁶⁶:

A intensificação da utilização da arbitragem quer em âmbito interno, quer no plano internacional, está intrinsecamente ligada à globalização. A Lei 9.307/96 que regulamenta a arbitragem no Brasil, teve como marco histórico a exigência do mercado internacional, com o objetivo de garantir maior segurança jurídica e celeridade nos processos que envolvam, sobretudo, contratos firmados entre empresas multinacionais e brasileiras⁶⁷.

O *iter* percorrido até a consolidação da Lei 9.307/96 se inicia no período imperial brasileiro, oportunidade em que a forma o instituto foi alçado ao *status* constitucional, relembra-se que “a arbitragem privada no Brasil vem desde os tempos do Império. A Constituição de 1824 a previa no art. 160, dispondo que: ‘Nas causas cíveis e nas penais

instituto, pois já em 1850 o Código Comercial mandava aplicá-lo nas disputas societárias, e em 1916 o Código Civil previa a solução de pendências, judiciais ou extrajudiciais, mediante a celebração de compromisso arbitral (art. 1.037 *et seq.*). De igual forma, o Código de Processo Civil de 1939 reconheceu a arbitragem (denominada de juízo arbitral) como meio válido de resolver controvérsias (art. 1.031 *et seq.*), em termos não muito diferentes do Código de Processo Civil de 1973 (art. 1.085 *et seq.*). Desde o início do século, por conseguinte, admite-se que partes em litígio, desde que capazes, atribuam a outrem, fora da jurisdição estatal, a incumbência de dirimir suas controvérsias”. Cf. Arbitragem nos contratos privados. In: *Revista dos Tribunais*, a. 86, v. 745, pp. 59-66, nov. 1997. p. 60

⁶³ RIBEIRO, Antônio de Pádua. As novas tendências do direito processual civil. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.1, n. 4, pp. 05-10, mar./abr. 2000. p. 07

⁶⁴ Discorrendo com pesar sobre o descrédito da arbitragem no Brasil, e atribuindo à prática matizes políticos de não submissão à justiça arbitral estrangeira e suas inconvenientes carreias principiológicas, aduz Carlos Alberto Carmona que “no Brasil andava-se na contramão da História, tentando deter o avanço do que se poderia chamar de democratização da justiça”. Op. Cit., 1993, p. 14, nota 53.

⁶⁵ MUNIZ, 1999, p. 41-44, nota 25.

⁶⁶ LACERDA, Belizário Antônio de. *Comentários à lei de arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. pp. 24-25

⁶⁷ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 24

civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”⁶⁸.

Desde a formalização do permissivo pela Carta Imperial, o ordenamento prefigurou modalidades que arregimentaram a utilização do juízo arbitral, chegando ao ápice de sua vertiginosa ascensão pelo Regulamento Comercial⁶⁹, com a obrigatoriedade de sua utilização em certas circunstâncias típicas estipuladas em lei infraconstitucional:

A resolução de 26 de julho de 1831 admitia o juízo arbitral para as causas de seguro e a Lei n. 108, de 11 de outubro de 1837, para as locações de serviço. O Código Comercial de 1850, na esteira do Código Comercial francês de 1807, instituiu o juízo arbitral obrigatório para determinados conflitos entre os sócios, por exemplo, obrigatoriedade que foi revogada por Lei 1866.⁷⁰

A despeito da revogação da compulsoriedade da utilização do juízo arbitral, a arbitragem, de contínuo, foi contemplada por novas e esparsas fixações normativas, até o limiar do século XX, momento em que as sucessivas tentativas de codificação do diploma substantivo civil culminaram no Código Clóvis Bevilacqua⁷¹, que reinseriu o instituto no cenário pátrio com relativa autonomia.

⁶⁸ GARCEZ, 2007, p. 23, nota 05.

⁶⁹ Para enfatizar que a utilização da arbitragem se opera desde o período monárquico nacional: “Antes convém dizer que a solução dos conflitos de interesses por meio de árbitros já foi adotada, por nossos legisladores, há mais de cem anos. Para não voltarmos muito no tempo, vamos nos reportar apenas ao Regulamento 737, de 25.01.1850, que previa arbitragem entre comerciantes; em alguns casos, de modo compulsório. Em outros, por simples acordo de vontades das partes interessadas em resolver suas controvérsias *a lattare* do poder estatal. Essa lei foi revogada em 14.09. 1866 pela Lei 1350”. SANTOS, Ulderico Pires dos. Arbitragem: ligeiras observações sobre alguns aspectos que estão gerando polêmica. In: *Revista dos Tribunais*, Fasc. Cív., a. 88, v. 769, pp. 68-78, nov. 1999. p. 68; E mais: “Salienta-se, ainda, essa mesma Constituição Política impunha a tentativa de conciliação prévia das partes, a cargo dos Juízes, enquanto, ainda hoje, nossa lei ser esgotada para a propositura de ação judicial, enquanto, ainda hoje, nossa lei adjetiva determina a conciliação, somente após a distribuição do feito ao juiz togado. No que tange às legislações extravagantes, a arbitragem foi introduzida no nosso sistema positivo como meio de solução das pendências referentes a seguro, no ano de 1831 e, em seguida, em 1837, nas matérias relativas à locação de serviços. Nesse particular, contudo, é de ressaltar que o sistema arbitral proposto por estas normas legais, tinha caráter impositivo ou obrigatório, não podendo os interessados dele afastar-se para dirimir a controvérsia pela via estatal. Em razão dessa compulsoriedade, perdia a arbitragem uma de suas relevantes características, viz [sic] a consensualidade. As partes não tinham outra opção, no campo da heterocomposição, que não submeter-se ao juízo arbitral para pôr fim a controvérsia.”. Cf. MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Arbitragem através dos tempos*: obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. [s.d.] Disponível em: <<http://www.batistamartins.com/batistamartins.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2010.

⁷⁰ SANTOS, 1999, p. 68, nota 69.

⁷¹ FIUZA, César. *Direito Civil*: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 74

Sistematicamente, o “Código Civil de 1916 disciplinou a arbitragem nos art.s 1037 a 1048. O Código de Processo Civil de 1939 regulou-a nos artigos 1031 a 1046 e o Código de Processo Civil de 1973, fez o mesmo nos arts. 1072 a 1102”⁷², todavia tais disposições foram insuficientes aos propósitos ansiados, ademais, geraram uma pernicioso pulverização a impedir a sistematização de sua aplicação cotidiana:

A nossa lei processual civil, ainda que reescrita sob os auspícios de modernos princípios de processo, em 1973, não deu a merecida atenção ao capítulo do "Juízo Arbitral", sendo mantidos os mesmos entraves a dificultar sua adoção com maior freqüência. A modernização deste instituto há muito se impunha, até como alternativa para um certo desafogo, ainda que diminuto, do Poder Judiciário. Nesse contexto surgiu o Projeto de Lei do Senado 78, de 1992, de autoria do Senador Marco Maciel, atual Vice-Presidente da República, finalmente transformado na Lei 9.307, de 1996⁷³.

A seu turno, no que atine à arbitragem comercial internacional, os procedimentos dos Tribunais Superiores, em especial os do Pretório Excelso, fizeram emergir mecanismos intrincados de validação de laudos arbitrais, dificultando substancialmente sua executoriedade, como se tem registrado:

[...] algumas fragilidades ou omissões estruturais acentuaram a tendência para a não utilização sistemática do instituto da arbitragem entre nós. Em especial, a falta de executoriedade da cláusula compromissória, a obrigatoriedade de homologação judicial do laudo arbitral interno para obter o *status* de título executivo judicial, além da necessidade determinada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, no passado, detinha a competência para homologar sentenças arbitrais proferidas fora do Brasil, da dupla homologação (duplo *exequatur*) dessas sentenças, a fim de que fossem tornadas judiciais e, assim, pudessem ser homologadas pela Suprema Corte.⁷⁴

⁷² *Id.*, *ibid.*, *loc. cit*

⁷³ SANTOS, 1997, p. 203, nota 37.

⁷⁴ GARCEZ, 2007, p. 23, nota 05.

Por significativo lapso temporal o Brasil era reputado, nas palavras de René David⁷⁵, como integrante do “‘arquipélago de resistência à arbitragem', no qual predominava um clima de dúvida quanto à constitucionalidade e a utilidade da arbitragem”⁷⁶.

Conquanto não tenha o país se tornado tributário da doutrina Calvo⁷⁷⁻⁷⁸⁻⁷⁹⁻⁸⁰, não raro era incluído “no grupo de países latino-americanos que a tinham adotado para impedir ou dificultar o desenvolvimento da arbitragem”⁸¹.

Até o estágio atual, no entanto, o país relutou vigorosamente contra a adoção da via arbitral como alternativa ao aparato judicial, muito em parte como fruto da mentalidade centralista que gravitava pelos poderes estatais instituídos:

⁷⁵ *Apud.*: LEMES, Selma Maria Ferreira. O desenvolvimento da arbitragem no Brasil e no exterior. In: *Revista Vasca de derecho procesal y arbitraje*. Tomo XVII, pp. 393-394, Universidad del País Vasco, mayo 2005. p. 394

⁷⁶ GARCEZ, 2007, *prefácio*, p. xviii, nota 05.

⁷⁷ Em nota de rodapé, José Maria Rossani Garcez eludica os fundamentos da Doutrina Calvo: “Carlos Calvo, jurista, historiador diplomata argentino, embora nascido no Uruguai, em 1822, tornou-se célebre devido à chamada “Doutrina Calvo”, de sua autoria, de cunho nacionalista e favorável à soberania dos Estados, que propugnava que os estrangeiros que investiam em um Estado ou ali emprestavam valores tinham os mesmos direitos de receber proteção que um natural desses estados. Neste sentido tal doutrina era, em princípio, hostil à arbitragem internacional, especialmente em relação às disputas entre investidores estrangeiros e o Estado, acabando, por isto, tais disputas, sendo submetidas à jurisdição dos Estados. Carlos Alberto Carmona, em seu livro Arbitragem e Processo em comentário à Lei 9307/96 comenta, com base em Stephen D. McCreary, que isso não satisfazia aos investidores estrangeiros, que preferiam resolver o conflito perante um tribunal arbitral, mas era essa, precisamente, a contrariedade intrínseca, contida na doutrina Calvo, de natureza nacionalista e defensora da soberania dos Estados e, assim, refratária aos deslocamento do julgamento dessas controvérsias para o foro arbitral internacional.” (Op. cit., p. 24, nota 05).

⁷⁸ A doutrina referida é também chamada de Cláusula Calvo, donde se conclui ser uma “tesis formulada por el canceller argentino Carlos Calvo en 1868, según la cual las cortes nacionales serían las únicas vías de recurso contractados del Estado practicados en detrimento de los intereses de ciudadanos súbditos de países extranjeros. MENEZES, Wagner. *Derecho internacional en América Latina*. Brasília: FUNAG, 2010. p. 143

⁷⁹ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 276-277

⁸⁰ Em contrapartida, veja-se as esclarecedoras indicações de Nigel BlackBy, oportunidade em que reafirma que os administrativistas tem conferido um *status* mitológico para Doutrina Calvo. Reafirma, ainda, que o intento de pôr fim à diplomacia das armas, intitulada *Derecho internacional teórico e práctico*, expunha uma teoria sobre o direito internacional, cuja premissa fundamental era de que os estrangeiros que investem em um Estado ou contraem uma dívida com este têm os mesmos direitos de receber proteção que um indivíduo deste Estado e não podem solicitar um nível de proteção mais elevado. Para o Autor, referida disposição almejava tão-somente evitar um regime medieval de represálias, atuando como precursora e não detratora da arbitragem internacional moderna, porquanto visava a concessão de paridade de armas, e não o condicionamento de atuações xenofóbicas. Mais em: BLACKABY, Nigel. América Latina e el arbitraje: ¿se malinterpretó a Carlos Calvo? In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 2, n. 4, p. 111-119, jan./mar. 2005. especialmente pp. 112-114 e p. 119.

⁸¹ GARCEZ, 2007, *prefácio*, p. xviii, nota 05.

As várias tentativas de implantar-se governos altamente centralizados em nosso país fez com que a arbitragem fosse sempre entendida como irmã inútil da jurisdição estatal. Atualmente, porém, o povo precisa de formas de governo e de justiça que sejam compatíveis com seu grau de desenvolvimento e modernização de seus costumes.⁸²

Outro importante aspecto a ser destacado, atenta aos motivos implícitos à propensão ao refute do método arbitral, restando factível imputar tais resistências a fatores metajurídicos de penosa assimilação:

Diga-se igualmente que a falta de tradição na utilização do método arbitral deveu-se no Brasil, também, a outros fatores endógenos, latino-americanos, que se tornaram visíveis como uma espécie de refração à arbitragem, sobretudo a internacional, envolvendo reações a interesses de países desenvolvidos em relação a Estados de menor desenvolvimento econômico⁸³.

A doutrina tem enfatizado que toda a América Latina desafortunadamente se amoldou ao fetichismo jurisdicional, razão pela qual a Arbitragem Internacional tem vivenciado progressos velados, pontuados por retrocessos patentes⁸⁴.

Em última análise, cogitando-se o múnus superior da atuação dos sujeitos parciais enquanto agentes sociais mediatos da operosidade processual, e da alteração do paradigma individual-formalista-excessivo para a dimensão reflexiva, prospectiva, ético-dialógica do processo, qualifica-se que a dimensão processual civil contemporânea reflete o novo historicismo e o pluralismo tolerante⁸⁵, da qual não poderia restar apartada a arbitragem.

Na esteira das impressões fruídas no cenário internacional, o Brasil concatenado com essas premissas, procedeu à edição da Lei de Arbitragem, não sem antes enfrentar uma série de tentativas malfadadas:

⁸² TEIXEIRA, 1997, p. 10, nota 35.

⁸³ GARCEZ, 2007, p. 24, nota 05.

⁸⁴ Mais sobre o tema dos avanços e retrocessos da Arbitragem na América Latina, vide: NAÓN, Horacio Grigera. Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks. In: *Arbitration insights*: twenty years of the annual lecture of the school of international arbitration. New York: Kluwer Law International, 2007. pp.393-491, *passim*.

⁸⁵ ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional*: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 165.

A Lei n. 9307, de 23 de setembro de 1996, publicada no *DOU* de 29.9.96 para entrar em vigor (art. 63) sessenta dias após a sua publicação, teve origem no Projeto de Lei do Senado de n. 78, de 1992, após terem sido arquivados três projetos legislativos anteriores sobre arbitragem, apresentados em 1981, 1987 e 1988.

Na justificação ao Projeto de Lei n. 78, que deu origem a atual lei brasileira de arbitragem, afirmou-se que ela “trará sensível benefício à sociedade, pois colocará à sua disposição um meio ágil de fazer resolver controvérsias, com árbitros por aqueles próprios escolhidos, imparciais e independentes, especialmente em matéria técnica, tudo com sigilo, brevidade e grande informalidade”. Esse Projeto resultou da operação “Arbiter”, do Instituto Liberal de Pernambuco, sob a coordenação do advogado Petronio Muniz, sendo apresentado ao Senado pelo então Senador Marco Maciel, tendo recebido a contribuição de diversos juristas e estudiosos do tema, em especial dos integrantes da Comissão Relatora, Drs. Selma M. Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins.

A exposição de motivos firmada pelo Senador Marco Maciel, em 3 de junho de 1992, registra que, para elaboração do Projeto, tinham sido consultadas as mais modernas legislações acerca da arbitragem e levadas em conta as diretrizes da comunidade internacional, em especial as fixadas pela ONU, na Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional formulada pela UNCITRAL, além daquelas constantes da Convenção para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, firmada em Nova Iorque, em 1958 (Convenção da ONU).⁸⁶

A experiência tem patentado que a solução de conflitos surgidos no universo comercial privado, isto é, colisões de interesses deflagradas entre particulares e/ou empresas de diferentes países, encontrava entraves quanto à jurisdição estatal a ser aplicada, em virtude do tangenciamento da questão da soberania dos Estados, motivo pelo qual se vislumbrou a premência do resgate de um “mecanismo ultranacional” de superação das crises jurídicas, lacuna que viria a ser fielmente preenchida pela Arbitragem.⁸⁷

À guisa de desfecho, para clarificar o atual estágio de aceitação da arbitragem em solo pátrio, reproduz-se a conclusão apresentada na passagem em transcrição, pela excelência de suas considerações:

Enfim, voltando ao cenário nacional, em meados de uma década, com uma legislação arbitral apropriada, com o apoio do Judiciário e a ratificação de diversas convenções internacionais, o Brasil tenta recuperar o atraso e superar o

⁸⁶ GARCEZ, 2007, p. 25, nota 05.

⁸⁷ GARCIA, Ailton Stropa. A arbitragem no direito econômico nacional e internacional. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 8, n. 33. pp. 28-45, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez.2000. p. 29.

estado de letargia que o acometeu por mais de 60 anos, já que a última iniciativa na área fora em 1932, com a ratificação do Protocolo de Genebra sobre as Cláusulas Arbitrais. Assim, a célebre afirmação do renomado arbitralista francês René David, que “o Brasil era uma ilha de resistência à arbitragem”, cai no ostracismo. É folha dobrada. Pois não obstante a questão envolva mudança de paradigma, nasce e floresce uma nova era da arbitragem no Brasil.⁸⁸

1.4. Natureza Jurídica da Arbitragem: as polêmicas da natureza do instituto e a caracterização da arbitragem como instituto processual

Ao se indagar a natureza jurídica da arbitragem não raro se tem sumarizado a divergência preceituando a dicotômica feição privatista e publicista do instituto arbitral⁸⁹, por vezes soma-se o caráter misto.

No que atenta à natureza jurídica da arbitragem, comumente se obra um paralelo entre os elementos da arbitragem com a estrutura da jurisdição comum⁹⁰, observando desde os marcos de equivalência e distinção do juiz e do árbitro, bem como do laudo arbitral e da sentença, até a consagração da eficácia de ambos, para, por fim, sistematizar a fixação dos critérios material e formal de suas existências, em suma, os defensores da via arbitral promovem refutações às críticas que desabonam o caráter jurisdicional da arbitragem.

Embora quanto a esta última possibilidade subsistam divergências doutrinárias⁹¹⁻⁹² e jurisprudenciais⁹³, cujas emblemáticas disparidades conceituais e finalísticas seriam

⁸⁸ LEMES, 2005, p. 394, nota 75.

⁸⁹ COUTINHO, 1999, pp. 19-28, nota 16; Aparentemente matéria de cunho acadêmico, na realidade o estudo da natureza jurídica consubstancia elemento importante, extremamente relevante, para se costurar e projetar a função e a autoridade do juízo arbitral enquanto justiça privada. Cf. MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Arbitragem através dos tempos*: obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. [s.d.] Disponível em: <<http://www.batistamartins.com/batistamartins.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2010.

⁹⁰ KROETZ, 1998, p. 72, nota 15.

⁹¹ Mais sobre os atributos e natureza das funções da arbitragem: STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3.ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1998. p. 197

⁹² Defendendo o caráter jurisdicional da arbitragem: ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à lei de arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 79; ARANA, Josycler; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Direito internacional: seus tribunais e meios de solução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 153; Negando a feição jurisdicional à arbitragem, atribuindo-lhe caráter privatístico: SANTOS, Luciano Alves Rodrigues. *A Arbitragem no sistema*

oportuno objeto de apreciação acurada e minuciosa em sede própria, para os escopos do presente, a averiguação restará limitada à decantada caracterização tripartite.

Tangenciando a natureza jurídica da arbitragem, cumpre enfatizar que a questão da natureza jurídica arbitral é bastante controvertida, ensejando pelo menos, três teorias sobre a natureza jurídica da atividade do árbitro: a teoria contratualista ou privatista; a teoria jurisdicional ou publicista, também chamada de processualista; e, por fim, a teoria híbrida, mista ou intermediária⁹⁴.

Enquanto a primeira remarca a importância do atrelamento contratual estabelecido no compromisso, a segunda evidencia a atuação de deslinde da causa. Consideram-se ambas as percepções extremadas.

A percepção da hibridez do instituto arbitral tem alcançado maior aderência doutrinária no país, como concebido no direito comparado⁹⁵, donde se extrai pontos reflexivos acerca do endereçamento dos fundamentos arbitrais, propiciando o entendimento das fixações arbitrais como uma relação contratual com efeitos processuais⁹⁶.

jurídico brasileiro. São Paulo: Biblioteca 24X7, 2010. p. 55; CERQUEIRA, Luís Eduardo Bianchi. *Ordem jurídica internacional & internacionalização do capital*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 29.

⁹³ A jurisprudência pátria tem se embrenhado no problema da natureza jurídica da arbitragem, para compreensão da matéria, e entendimento da opção adotada pelo Pretório Excelso, por todos: BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Sentença Estrangeira SE 5.206 – AgR/Reino da Espanha. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Acórdão de 12 dez. 2001. Publicação no DJ de 30 abr. 2004.

⁹⁴ GONÇALVES, Tatiana de Oliveira. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, pp. 207-235. VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (org.) In: *Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 227

⁹⁵ MARTÍNEZ, *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Jose Maria Bosh, 1992. pp. 48-50; Discorda Pedro Antônio Batista Martins, para quem “a corrente jurisdicionalista que tem sido melhor reconhecida, com o crescente aumento de adeptos, e, cada vez mais fortalecida por entendimentos jurisprudenciais e por modificações introduzidas nos sistemas jurídicos, por legisladores que entendem dever fortalecer o poder e a autoridade dos árbitros, de modo a assegurar o interesse do Estado na resolução dos conflitos por meios alternativos e, assim, salvaguardar a ordem jurídica e o equilíbrio nas relações privadas.” Cf. *Arbitragem através dos tempos: obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil*. [s.d.] Disponível em: <<http://www.batistamartins.com/batistamartins.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2010.

⁹⁶ ROZAS, José Carlos Fernández. *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*. Madrid: Iustel, 2008. p. 558.

Resgatando a tríplice consideração teórica da arbitragem, seja como atividade jurisdicional, seja como contratual, ou, ainda, como atividade híbrida, Tânia Lobo Muniz⁹⁷ comunga da impressão de Guido Soares que reflete a arbitragem como “jurisdição pactuada”.

Leciona José Carlos de Magalhães que, na verdade, a idéia subjacente à edição da Lei 9307/96 foi dissipar dúvidas sobre a natureza privada da arbitragem⁹⁸, porquanto firmou o entendimento “de que a arbitragem constitui atividade privada supletiva à exercida pelo Estado, identificando-a e procurando torná-la similar a uma função pública, que requer o controle do aparato judicial do Estado”⁹⁹, razão pela qual se consagra a configuração do instituto “como meio estritamente privado de solução de litígios, que somente às partes interessa, já que restrito a controvérsias sobre bens patrimoniais, e, portanto, incluídas na esfera de disponibilidade das partes”¹⁰⁰.

Seja qual for a feição assumida pela roupagem atribuída ao instituto, fato é que a arbitragem se presta a funcionar como opção aos males dos instrumentos processuais procrastinatórios e à lentidão do Poder Judiciário¹⁰¹, haja vista que não se cogita que se possa restar à mercê da delonga das atividades judiciárias.

⁹⁷ MUNIZ, 1999, p. 39, nota 25.

⁹⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. A Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem. In: *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*. Ano 5, n. 18, pp. 309-318, out.-dez. 2002. p. 310

⁹⁹ *Idem, Ibidem*, p. 310

¹⁰⁰ *Op. Cit*, p. 311. Divergindo das inflexões reproduzidas, aduz Pedro Antônio Batista Martins: “Note-se que a Lei Marco Maciel, que introduziu sistema arbitral de vanguarda, tornou flagrante o caráter jurisdicional da arbitragem no Brasil como se denota do contorno jurídico conferido a esse instituto (v.g. art. 31), e, bem como, marcou posição de autonomia e independência do juízo arbitral frente à justiça estatal, sendo reduzidos os casos de revisão da sentença arbitral frente à justiça estatal, sendo reduzidos os casos de revisão da sentença arbitral pelo Poder Judiciário e, ainda mais restrita essa intervenção, quando se trate de determinações cautelares ou coercitivas, onde o juiz togado é acionado para praticar o ato de império e, assim, impor ao renitente o decidido pelo árbitro. O julgador privado, que se equipara ao juiz togado para todos os efeitos - e até com mais responsabilidade funcional - é um dos braços do Estado na administração da justiça como ocorre, por exemplo, no tribunal do júri.” Cf. *Arbitragem através dos tempos: obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil*. [s.d.] Disponível em: <<http://www.batistamartins.com/batistamartins.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2010.

¹⁰¹ Luiz Olavo Baptista, utilizando-se de fina ironia, pontua que “hoje em dia em todos os Estados do Mercosul, o recurso à arbitragem vem sendo o caminho pelo qual as pessoas vão escapando das dificuldades colocadas pela inadaptação do Poder Judiciário. A arbitragem vai-se tornando numa espécie de “plano de saúde” substituindo o “INPS” das soluções judiciais.” Cf. Análise da funcionalidade do sistema de solução de disputas do Mercosul. pp. 101-113 In: *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003. p. 113; Mais sobre a utilização da arbitragem como sucedâneo válido à crise do Poder Judiciário em: SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para crise do Judiciário*. Barueri, SP: Manole, 2005. *passim*, especialmente pp. 81-154 e pp. 169-184

Carlos Alberto Carmona¹⁰² anota que, desde o advento da Carta Política em vigor, ganhava terreno a afirmação enunciadora de que a distribuição de justiça poderia ser propiciada não somente através do Estado com sua direta intervenção, mas também pelas vias conciliativa e arbitral, ambas incluídas no conceito amplo de jurisdição.

Não se tira de questão que “o processo judicial ainda é burocrático, formalista, caro, lento e ineficiente”¹⁰³, razões mais do que bastantes para não se desprezar os métodos extrajudiciais de eliminação de litígios.

Contudo, os avanços da autocomposição e da heterocomposição privada, infelizmente, ainda hoje, não têm alcançado recepção entusiástica.

A busca deliberada pela não assimilação dessa possibilidade resolutiva chega ao extremo da recusa de enquadramento das técnicas alternativas como institutos processuais¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

Insta refletir sobre os recentes debates sobre a arbitragem no Brasil, bem como sobre a preocupante e temerária polarização entre entusiastas e algozes do instituto. Alguns

¹⁰² A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias. In: *Revista de Processo*. a. 14, v. 56, out. 1989. p. 91

¹⁰³ SANTOS, Adriano Lúcio. Do acesso e da administração da justiça. In: *Constituição, direito e processo*./ Fernando Horta Tavares (coord.)./Curitiba: Juruá, 2007. p.14; Mais sobre a arbitragem como uma garantia: BERTOLDI, Valentina. L'arbitrato come giudizio privato: profili sistematici e connessione per garanzia. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè editore, pp. 289-319, 2005. *passim*

¹⁰⁴ A respeito da negativa de atribuição de natureza jurisdicional à arbitragem, pontua Carlos Alberto Carmona: “Os doutrinadores - e especialmente os estudiosos do direito processual civil respondem afirmativamente à questão quase que em uníssonos. Assim, se a jurisdição é a função, a atividade e o poder do Estado de aplicar as normas do ordenamento jurídico em relação ao caso concreto (seja expressando autoritativamente o preceito, seja realizando efetivamente o que o preceito estabelece), 3 a arbitragem não pode ser considerada atividade jurisdicional. Diz-se, de fato, que o árbitro não atua a lei e nem a torna efetiva pela coerção, de tal sorte que sua decisão nenhum efeito gera se não for homologada pelo órgão jurisdicional estatal. Desta maneira simplista, procuram alguns descartar a natureza jurisdicional da arbitragem. Talvez a questão mereça alguma reflexão.” Cf. Arbitragem e Jurisdição. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 35, v. 58, abr. 1990. p. 57

¹⁰⁵ Relembra, ainda, Carlos Alberto Carmona que: “A jurisdicionalidade da arbitragem é questão ainda não pacificada, tendendo os autores nacionais a acentuar a natureza contratual do instituto e reservando à jurisdição conceito restrito - de modo absoluto - à atividade estatal. [...] Revela-se com clareza [...] uma brecha no conceito clássico - que alguns querem pétreo - de jurisdição, brecha por onde devem passar a arbitragem e a conciliação extrajudicial”. Cf. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. In: *Revista de Processo*, a. 22, v. 87, jul. 1997. p. 84

importantes trabalhos têm demonstrado o nível de complexidade envolvida na discussão sobre a aplicação do instituto arbitral.

A inaceitação à heterocomposição privada deve provir da necessidade de esteio em instituições conhecidas, avalizadas e testadas, como se projeta a jurisdição estatal, e embora sabidas as deficiências da prestação jurisdicional, não raro se têm evocado inverdades para impedir a projeção da denominada “justiça privada”.

Diante de esforços concentrados focados no objetivo maior de aproximação da arbitragem dos operadores jurídicos, soa desapontador que as sutilezas e imbricações dos métodos alternativos sejam minorados pela adoção – acrítica e sem qualquer embasamento científico – de usuais reflexões míticas e preconceituosas, dentre elas, a tentativa de resgatar considerações impertinentes do monopólio jurisdicional pelo Estado como excludente da atribuição de conteúdo jurisdicional à arbitragem¹⁰⁶, sem prejuízo de alguns engendros conceituais defendidos de forma atroz por respeitável parcela da doutrina, que nega a característica privatista da arbitragem, e também recusa conceder-lhe cunho jurisdicional:

Sendo a arbitragem um procedimento que se realiza obrigatoriamente em contraditório (o que, aliás, é determinado de forma cogente pela lei de arbitragem, que impõe a observância de tal princípio no procedimento arbitral), faz-se presente o ‘módulo processual’, devendo-se considerar, pois, que a arbitragem é um processo. Não, porém, um processo jurisdicional, pois a jurisdição é monopólio do Estado, não podendo ser exercida pelo árbitro, o qual é um ente privado. Ademais, não se faz presente na arbitragem a relação jurídica processual jurisdicional, qual seja, aquela que se estabelece entre as partes e o Estado-Juiz. Não há, portanto, como se admitir a natureza jurisdicional da arbitragem, embora não se possa negar o múnus público exercido pelo árbitro, em sua atividade privada, de busca da pacificação social. Com isto, coloco-me numa posição publicista frente à arbitragem, negando a tese de quem vê neste instituto uma figura exclusivamente regulada pelo direito privado¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Mais sobre as divergências e inaceitações a via arbitral, por todos: BARRAL, Welber Oliveira. *A arbitragem e seus mitos*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000. *passim*, especialmente p. 104. “Os mitos criados, entretanto, não detêm base fática, e se sustentam somente em preconceitos e desconhecimento do instituto, conforme definido pela Lei brasileira e pelas convenções internacionais sobre a matéria. Na realidade, a arbitragem é um instrumento para difundir o acesso à justiça. Seu caráter, positivo ou negativo, não lhe é intrínseco, mas dependerá da utilização – mais ou menos séria, mais ou menos preconceituosa – que lhe for dada no Brasil”.

¹⁰⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Arbitragem: Lei nº9.307/96*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p.11

A experiência mostra que a zona conflitual surgida entre os que defendem o uso da via arbitral e os que advogam a primazia da jurisdição estatal é embalada por uma disfunção contextual, muitas vezes, como patenteado anteriormente, os refutes derivam da formalização implícita de escudos culturais que diluem a relevância de se engendrar mecanismos participativos, sobremaneira por restarem os operadores apartados da visão global ou sistêmica dos interesses envolvidos¹⁰⁸.

Subsiste uma supérflua discussão doutrinária que questiona se os tribunais arbitrais exercem ou não função jurisdicional¹⁰⁹. Seja qual for o resultado desta disputa insólita, é pacífico o entendimento de que a existência de convenção arbitral exclui a jurisdição *do Estado*.

A este respeito sobrevém a usual distinção entre Juízo arbitral e jurisdição estatal, salientada no seguinte trecho:

A classificação clássica denominava de jurisdição permanente, também denominada de legal, aquela que “nasce da investidura do magistrado nos cargos de organização judiciária”. Em contrapartida a essa modalidade denominava-se de momentânea ou convencional aquela “que tira sua força do compromisso das partes litigantes, e só é exercida sobre negócio para cuja decisão aquelas elegeram árbitros, que podem ou não ser magistrados”¹¹⁰.

Pela arbitragem, “as partes renunciam à jurisdição estatal para que um árbitro possa julgar a eventual lide surgida no contrato.”¹¹¹

Prossegue Marcelo Abelha Rodrigues¹¹² lembrando que a possibilidade de desempenho da jurisdição fora dos lindes dos poderes estatais se consolida pelo exercício do juiz

¹⁰⁸ Já nos idos de 1990, Carlos Alberto Carmona concluía que a reformulação da arbitragem, que dormitava pela tramitação de seu Anteprojeto desde 1981, era providência indispensável à evolução conceitual do processo. (Cf. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 35, v. 57, jan.1990. p. 52). A edição da Lei de Arbitragem Brasileira não foi suficiente à retirada das vendas que ainda cegam alguns processualistas.

¹⁰⁹ CARMONA, 1993, pp. 29-37, nota 53.

¹¹⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*: teoria geral: premissas e institutos fundamentais. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 89

¹¹¹ RODRIGUES, 2010, p. 208, nota 110.

¹¹² *Idem, ibidem*, pp. 95-96.

arbitral, assim como se opera pela decisão soberana dos juízes privados do Tribunal do Júri. Com base em tais reflexões, o doutrinador perfilha a arbitragem como espécie de jurisdição, ao passo que o árbitro exerce função jurisdicional.

As eventuais limitações de ordem impositiva e coercitiva, próprias dos atos de império estatal, não desnaturam a atribuição jurisdicional da atividade do árbitro, posto que em sua atuação a substitutividade, a instrumentalidade, o princípio do juiz natural, a independência e a imparcialidade lhe são característicos¹¹³.

Há quem discorde da excessiva importância conferida às elementares de substitutividade, a instrumentalidade, o princípio do juiz natural, a independência e a imparcialidade da ordem jurisdicional, seja a estatal clássica, seja a privada, ao fundamento de que “uma visão crítica moderna diminui a importância de todas as características clássicas da função jurisdicional e censura, mesmo a insistência em manter algumas delas na visão científica da jurisdição”¹¹⁴.

Como sintetiza Nery Junior¹¹⁵, seja em razão de compromisso arbitral, seja em virtude da existência de cláusula de arbitragem, o árbitro escolhido pelas partes exerce jurisdição, e embora não se trate de jurisdição estatal, é uma forma autônoma de desempenho jurisdicional, já que o mérito da decisão não pode ser revisto pelo Judiciário, tampouco se faz necessária a homologação anteriormente exigida para sua execução.

Carlos Alberto Carmona¹¹⁶ reafirma a existência de uma “perfeita equivalência entre a arbitragem (mecanismo jurisdicional) e o processo estatal (mecanismo também jurisdicional): em outras palavras, o árbitro faz, efetivamente, o papel de juiz, de fato e de direito, e por isso a própria natureza jurídica do instituto responde a esta idéia de jurisdicionalidade”.

¹¹³ RODRIGUES, 2010, p. 97, nota 110.

¹¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e Terceiros – Litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. In: MARTINS, Pedro A. Batista; ROSSANI GARCEZ, José Maria (Org.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 238

¹¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 70

¹¹⁶ O processo arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, a. 1, v. 1, jan. 2004. p. 21

Sugerindo a necessidade de aceitação do cunho jurisdicional da arbitragem, em virtude da ciência da manutenção de zonas de tensão e resistência ao instituto, traz-se à colação um interessante exercício silogístico: “se o poder estatal é exercido, *sub specie jurisdictionis*, com o objetivo de pacificar pessoas e eliminar conflitos com justiça, e se afinal a arbitragem também visa a esse objetivo, boa parte do caminho está vencida, nessa caminhada em direção ao reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem”¹¹⁷.

Conceituada corrente, contudo, aduz que a justiça arbitral arca com um elevado custo pelo reconhecimento da sua natureza jurisdicional, e pela judicialização dos conflitos a ela submetidos, circunstância que avulta quando da má utilização do instituto por advogados impregnados por um excessivo espírito litigante: com lastro em tais evidências, diz-se que o somatório de referidos eventos pode estar inviabilizando a arbitragem como método para a resolução de controvérsia e favorecendo, por outro lado, a proliferação de métodos não-jurisdicionais de resolução de controvérsias¹¹⁸.

Para esta parcela da doutrina, assim, como se desertou da justiça estatal pela burocratização, deserta-se, pelas mesmas causas, da justiça arbitral, por pender esta indevidamente para uma institucionalização desmedida.¹¹⁹

Selma Lemes¹²⁰ leciona que a feição do instituto jurídico da arbitragem, enunciado na Lei de Arbitragem Brasileira, é fruto da influência das “ondas renovatórias do direito” sugeridas pela doutrina italiana, e pontua que se operou a redescoberta da arbitragem no Direito Processual Civil pela ótica da facilitação do acesso à justiça.

¹¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Prefácio*. In: *A arbitragem no processo civil brasileiro*./ Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Malheiros, 1993. pp. 7-8

¹¹⁸ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 54

¹¹⁹ *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

¹²⁰ Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos: Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? In: *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*. Luiz Fernando V. A. Guilherme (org.), pp. 363-387, São Pulo: Fiúza Editores, 2004. p. 365

De forma arrazoada e coerente, tem-se enfatizado que a decantada *justiça coexistencial* se firma pelos bons ares de emancipação da jurisdição estatal trazidas pelo processo civil contemporâneo:

Paralelamente à visão técnica do funcionamento da justiça oficial (fortemente inspirada em métodos forjados para enfrentar a *contenciosidade*), ganha terreno no fim do século XX e início do século atual, a preocupação dos cientistas do direito processual com a implantação, a par dos tradicionais, de novos métodos de composição de litígios, cuja motivação seria mais a procura da paz social do que propriamente a imposição autoritária da vontade fria da lei. Fala-se, nesse sentido, na criação de novas vertentes para certos tipos de prestação jurisdicional, que enriqueceriam o processo com instrumentos capacitados a realizar a justiça que Cappeletti chama de coexistencial. Em lugar de contar apenas com a força da autoridade legal do juiz, as partes poderiam, muitas vezes, obter resultados na solução de seus conflitos recorrendo à experiência e à técnica de pessoas capacitadas para promover a mediação e a conciliação, e chegando, assim, a resultados práticos mais satisfatórios do que os decretados pela justiça tradicional.

Esses novos ares do processo já saíram das lições doutrinárias e começam a fazer presença significativa tanto na reestruturação do processo contencioso codificado como na instituição de novos organismos de pacificação de conflitos (v.g., a atual regulamentação do juízo arbitral, feita pela Lei nº 9307, de 23.09. 1996).¹²¹

Respaldando-se nas ponderações de Cândido Rangel Dinamarco¹²², não é factível que seriamente se afaste a vinculação imanente entre arbitragem e o direito processual civil, nada obstante, o Autor sugere uma releitura de sua natureza institucional:

[...] tenho pensado em uma natureza parajurisdicional das funções do árbitro, a partir da idéia de que, embora ele não as exerça com o escopo jurídico de atuar a vontade da lei, na convergência em torno do escopo social pacificador reside algo muito forte a aproximar a arbitragem da jurisdição estatal.

Essa expressiva aproximação entre o processo arbitral e o estatal é suficiente para abrigá-lo sob o manto do direito processual constitucional, o que importa considerar seus institutos à luz dos superiores princípios e garantias endereçados pela Constituição da República aos institutos processuais. Isso implica também, conseqüentemente, incluir o processo arbitral no círculo da teoria geral do processo, entendida esta muito amplamente como legítima condensação metodológica dos princípios e normas regentes do exercício do poder. A doutrina especializada esmera-se em fazer essa atração da arbitragem ao sistema de regras destinadas ao processo civil comum, o que constitui valiosa premissa metodológica indispensável ao seu bom entendimento e à correta solução dos problemas que lhe são inerentes¹²³.

¹²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil* – teoria geral do direito processual civil e do processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 5

¹²² Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. pp. 19-33 In: *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v. 2 / André Gomma de Azevedo (org.) - Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 20

¹²³ DINAMARCO, 2003, p. 20, nota 122; Reprodução textual da primeira parte da transcrição em: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 38-39

Alexandre Câmara¹²⁴ faz ressoar as considerações em registro ao asseverar ser a arbitragem uma conquista para o direito brasileiro, “representativa da mais nobre linhagem da moderna ciência processual”, apresentando-se, pois, como fruto da idéia de um novo enfoque do acesso à justiça, somando esforços à onda renovatória do Direito Processual¹²⁵ que se vive nos dias atuais.

Insta destacar o equívoco da compartimentalização dos ramos do direito, e, neste giro, merece ênfase a incorreção que é gravar o direito processual civil como um instrumento em si, independente e alheio às demandas da Ciência Jurídica, e do cotidiano que lhe apresenta ocorrências que demandam solução coerente com a as exigências do moderno estudo jurídico e da normativa constitucional brasileira.

Outrora apreendido sob a perspectiva instrumentalista, hodiernamente, como decorrência da constitucionalização, o processo civil suscita um contraditório renovado, erigido na participação cooperativa dos sujeitos interessados, que há de redundar na apropriação do formalismo-valorativo como diretriz de uma atuação processual responsável, da qual importa ressaltar a consensualidade como marco existencial da arbitragem.

Idealizado o processo civil constitucional como abordagem de uma teoria jurídica restaurada, bem assim concebida a fenomenologia processual sob matizes culturais, a alteração paradigmática grifada pelos novéis processualistas civis intenta sobrelevar o descompasso verificado entre teoria e *práxis*, de forma que o debate jurisdicional se vivifique no modelo coordenado, contrapondo-se ao modelo hierárquico de supremacia da figura judicante enquanto *bouche de la loi*¹²⁶, donde se resgata a potencialidade do Juízo arbitral para aviventar essas novas dinâmicas.

¹²⁴ CÂMARA, 2009, p. 5, nota 107.

¹²⁵ Esta evolução foi cogitada e capitaneada por Cappelletti como um dos processos de democratização da Justiça, realizadas por ondas sucessivas. Cf. Op. Cit., p. 31, nota 23.

¹²⁶ PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org). *Do juízo ao processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 53.

É mister que se maneje os institutos de relação processual para concluir que os mecanismos processuais – inclua-se a arbitragem – restaram potencializados para realização efetiva da acepção teleológica de justiça, uma vez que o procedimento em contraditório relacional passa a ser encarado como inafastável direito fundamental de quarta geração, capitaneando o modelo deliberativo-procedimental¹²⁷.

Com espeque nas premissas referidas, bosqueja-se a asserção do contraditório como valor fonte do dinamismo jurídico, quadrandando a matriz principiológica como densificação de sentido à relação experimentada pelos partícipes processuais, em seara jurisdicional estatal ou privada, sustentando que a apreensão científica transformadora se opera em prol de decisões lúdicas, atuações interpessoais concretas e altruístas, escoradas em juízos de equidade, de forma a atingir a rogada pacificação social e a ordem jurídica justa.

Estribado na contradição entre um modelo hierárquico e um modelo coordenado de atuação processual¹²⁸, é possível focalizar o paradigma individualista do Estado Liberal, pormenorizando a falência do arquétipo isolacionista que transformou o procedimento relacional em fidedigno vale-tudo ideológico, alistando, ainda, a forma como a onda evolutiva dimensionada por Cappelletti propicia o atingimento do dialogismo jurisdicional¹²⁹ e o alcance do já mencionado algures contraditório renovado, por vezes invocado para malferir pretensões legítimas¹³⁰.

¹²⁷ Na teoria da ação comunicativa ou do *agir comunicativo* de Habermas, o sistema adquire a sua identidade a partir do consenso. Nessa perspectiva, ele propõe a informalização do Direito através do critério “procedural” que se diferencia do formalismo normativista e do modelo hermenêutico material, pelo fato de fundar a sua validade no respeito a procedimentos de elaboração discursiva das normas, donde os litigantes-interessados são convocados a cooperar na formulação do Juízo decisório. Com vistas a uma leitura mais acurada a respeito da teoria do “agir comunicativo”, vide: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 354.

¹²⁸ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 02, nota 85.

¹²⁹ *Dialogismo* anotado nesta sede como sinônimo do contraditório renovado, já concebido de forma vanguardista por Cândido Rangel Dinamarco, *verbis*: “Em suma, a garantia constitucional do contraditório impõe-lhe a sua própria e empenhada participação, não se reduzindo à mera oferta de oportunidades participativas aos litigantes”. Cf. *Execução civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 171.

¹³⁰ Enfatizando a utilização principiológica sob lindes maledicentes argumenta Marcelo Abelha Rodrigues: “[...] fazendo uso indevido deste princípio, e, escondido nas vestes de um suposto contraditório é que praticam ilícitos ou abusos processuais. Sob a alegação de que determinada conduta não poderia ser reprimida, pois representaria uma ofensa ao contraditório, os litigantes de má-fé comumente invocam este princípio para “legitimar” a prática de abuso de direitos processuais”. Cf. *Elementos de direito processual civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 85.

Percebido o acesso à justiça como direito fundamental de quarta geração¹³¹, é oportuno apropriar-se, com ressalvas, do agir comunicativo habermasiano¹³², para balizando-se na referência democrática dialógico-instrumental, atribuir ao processo ímpar função social, calhando na prestimosa busca pelas elementares da instituição de práticas democráticas de desenvolvimento das controvérsias pela máxima cooperação¹³³, cenário este em que a arbitragem desponta como método impassível de descarte à revisada caracterização do contraditório.

Avulta em importância a controvérsia havida sobre a posição do princípio do contraditório na processualística, seja como referencial decorrente do devido processo legal – apreensão tradicional, seja como matriz-principiológica – orientação atualmente defendida, incursão de suma relevância à apreensão do instituto arbitral, e concessão de destaque à consensualidade.

Discorre Nicola Picardi¹³⁴ acerca da nova roupagem assumida pela enunciação principiológica, sublinhando, pois que diversos são os significados que o contraditório assume para alcançar a repercussão necessária na repercussão do processo civil contemporâneo.

¹³¹ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 62, nota 85.

¹³² “O princípio da Ética do discurso refere-se a um procedimento, a saber, o resgate discursivo de pretensões de validade normativa; nessa medida, a ética do discurso pode ser corretamente caracterizada como *formal*. Ela não indica orientações conteudísticas, mas um processo, o discurso prático. Todavia, este não é um processo para geração de normas justificadas, mas sim para o exame de normas propostas e consideradas hipoteticamente. Os Discursos Práticos têm que fazer com que seus conteúdos lhes sejam dados. Sem o horizonte do mundo da vida de um determinado grupo social e sem conflitos de ação numa determinada situação, na qual os participantes considerassem como sua tarefa a regulação consensual de uma matéria social controversa, não teria sentido querer empreender um Discurso prático”. Cf. HABERMAS, Jünger. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 126.

¹³³ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 61, nota 85.

¹³⁴ No original: “[d]iverso sono i significati che il contraddittorio è venuto e diverse sono le sue ripercussioni sul modo di ricostruire il processo”. PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, anno 53, v. 3, pp. 673-681, lug./set. 1998. p. 673

Significativa parcela da doutrina¹³⁵⁻¹³⁶, contrastando a reflexão do princípio do contraditório como valor fonte do processo, o intitula como princípio decorrente do devido processo legal, a saber:

[...] tem-se o princípio do devido processo legal, de fundo constitucional que faz efetivos todos os demais princípios processuais, pois a Constituição não outorga aos jurisdicionados apenas uma garantia vazia, senão uma tutela capaz de realizar, efetivamente, o direito invocado pela parte. O direito à adequada tutela jurisdicional, doutrina Marinoni, garantido pelo princípio da inafastabilidade, é o direito à tutela adequada à realidade de direito material e à realidade social.¹³⁷

À luz do formalismo-valorativo¹³⁸, norteando-se pelo viés aparentemente conflitante da liberdade participativa e da segurança jurídica¹³⁹, com vistas ao resgate da dimensão tópico-problemática para delimitação dos lindes de atuação dos sujeitos processuais, bem assim como labor de salvaguarda do devido processo legal e do acesso à justiça, em prol, ainda, da efetividade do processo¹⁴⁰, a “nova roupagem” deflagra um giro copernicano na visão arcaica e tecnicista ostentada pelo processo civil antecedente à Constituição cidadã, para se lograr a processualização constitucionalizada¹⁴¹, da qual não poderia restar excluído o instituto processual arbitral.

¹³⁵ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Princípios processuais e execução forçada*. In: **Direito na doutrina**. v. 3. Curitiba: Juruá. 2002. p. 97

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. pp. 57-58.

¹³⁷ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 06.

¹³⁸ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 62, nota 85. Para uma leitura mais aprofundada do instituto: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. *passim*

¹³⁹ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 75, nota 85.

¹⁴⁰ A ampliação dos poderes judicantes e a “saga por efetividade” são repudiados de forma enfática no seguinte excerto: *[Sob as luzes da efetividade processual e do ativismo judicial]*, com [...] propósito mercantilista aumentam os poderes do juiz para se atingir a tão sonhada paz social. Esse entendimento [...] está alicerçado sob uma visão estratégica, pois absorve a processualidade e a sua inerente dialética, colocando os sujeitos do processo como meros espectadores da ordem jurídica-política e o direito como fomentador do progresso econômico, técnico ou político”. Cf. TEIXEIRA, Wellington Luzia. A instrumentalidade técnica do processo. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil** - v. 7 n. 38 nov./ dez. 2005. Porto Alegre : Síntese , 2005. p. 36.

¹⁴¹ DANTAS, Miguel Calmon. Direito fundamental à processualização. In: **Constituição e processo** / coord. Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr. Salvador : Podivm, 2007. p. 367-429 *passim*

A impressão ora externada repousa na preeminência de Antonio do Passo Cabral¹⁴², quando apregoa:

Neste contexto, observamos que a compreensão do contraditório como direito de influência, expresso no processo de democracia deliberativa: a sociedade pode influenciar nas decisões governamentais, propiciando uma discussão argumentativa, bem como essa natureza dialético-contraditória é o princípio que coloca em prática este processo de diálogo, de abertura a fase do debate judicial participativo e pluralista.

De posse das reflexões da importância do contraditório à atual percepção do processo civil contemporâneo, opera-se o registro dos atributos que conferem à arbitragem inequívoco lastro processual:

Relembre-se agora o que já disse anteriormente: o Estado não possui o monopólio da Justiça, mas possui o da Jurisdição. É preciso, ainda, afirmar minha convicção no sentido de que a arbitragem é verdadeiro *processo*. Esta afirmação deve ser explicada com cuidado, para que não seja mal compreendida. Encontra-se superado pela melhor doutrina processual o velho preconceito de afirmar que só existe processo jurisdicional. Mas modernamente, encontra-se em doutrina a afirmação de que deve-se considerar processo todo procedimento realizado em contraditório. Explique-se: há no direito uma série de procedimentos, entendidos estes como seqüências ordenadas de atos destinados à elaboração de um provimento. Toda vez que um procedimento se realiza em contraditório, isto é, toda vez que na seqüência de atos que compõe o procedimento se tem assegurada a participação (ao menos potencial) dos interessados no provimento (assim entendidos todos aqueles que serão alcançados pelos efeitos de tal provimento), ter-se-á um processo¹⁴³.

Com propriedade, tem-se pontuado que a atual percepção do direito processual não pode restar alheia à necessidade de suplantar cultos ao normativismo:

É inconcebível pelo movimento de renovação do Direito Processual cultivar e exercer a norma pela norma, o que resulta num normativismo; a forma pela forma o que implica um formalismo ou o rito pelo rito, o que evoca um ritualismo, formas arcaicas, precárias e retrógradas para o direito e para o

¹⁴² No original: “In questo contesto, osserviamo che la comprensione del contraddittorio come diritto di influenza esprime la democrazia deliberativa nel processo: la società può influenzare gli atti decisori statali con la discussione argomentativa, ed il contraddittorio è il principio processuale che mette in pratica questo procedimento dialogico, aprendo il palco giurisdizionale al dibattito partecipativo e pluralista”. CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, n. 2, pp. 449-463, Apr./Giu. 2005. p. 456

¹⁴³ CÂMARA, 2009, pp. 10-11, nota 107.

processo. O advento de técnicas alternativas para resolução de conflitos de interesse e de direitos obriga ao jurista reler e repensar o acesso à justiça (jurisdição), relevando concepções ideológicas e tecnológicas, pois não se pode praticar ou reduzir a técnica processual e a ciência processual à ideologia ou à tecnologia.[...]

[Percebe-se, pois, que o] acesso à justiça não se sintetiza no simples e trivial acesso ao juiz ou ao tribunal[...]¹⁴⁴.

Por cautela, é conveniente notar que “a arbitragem não vem para solucionar os problemas crônicos e, muito menos, com ele concorrer. O seu papel é coadjuvar na administração da justiça.”¹⁴⁵

Sob a égide desses focos de compreensão do problema, é possível identificar os acertos e vantagens da adoção de um posicionamento menos retrógrado, propiciando a apropriação de conquistas de referidos mecanismos de abertura procedimental nos cenários nacional e internacional.

Encerra-se o presente tópico, salientando que, a despeito do debate infértil acerca da natureza jurídica da arbitragem e do enquadramento do instituto no objeto da investigação científica processual, “o que deve pairar, sobranceira, é a Justiça, seja emanada do juiz togado ou do árbitro”¹⁴⁶.

1.5. Arbitrabilidade subjetiva e objetiva

O termo arbitrabilidade retrata um neologismo que passou a ser utilizado como referência conceitual de validação das matérias hábeis à incidência e aplicação do juízo arbitral: a) as que forem referidas como arbitráveis por normas primaciais, e que autorizem, pela complexidade dos aspectos meritórios do caso, a resolução pela atuação privada, e ainda;

¹⁴⁴ SANTOS, 2007, p.14, nota 103.

¹⁴⁵ LEMES, 2005, p. 393, nota 75.

¹⁴⁶ LEMES, 1992, p. 12, nota 34.

b) aquelas que os elementos personificados gozem de capacidade para optar pela via extrajudicial.¹⁴⁷

Em apertada síntese, conceitua-se a arbitrabilidade como a possibilidade de se instaurar o procedimento arbitral em circunstâncias preestabelecidas, tendo em mira a capacidade das partes e a faculdade de transacionar o objeto em litígio, por se tratar de direitos patrimoniais disponíveis.

Discorre Cláudio Vianna de Lima¹⁴⁸ sobre os requisitos para o uso da arbitragem, enfatizando os elementos indutores à arbitrabilidade: enquanto requisito subjetivo a capacidade de contratar, e como requisito objetivo, a existência de um conflito de interesses, vinculado a direito patrimonial disponível, ademais, a desnecessidade de medidas coercitivas ou cautelares para atingimento da resolução da controvérsia.

Dessume-se dessa dúplici categorização as facetas da arbitrabilidade, usualmente referidas como formal e material. Passa-se à avaliação desse elenco, inicialmente instituindo os marcos definidores da *arbitrabilidade subjetiva*, para, após, esclarecer os critérios identificadores da *arbitrabilidade objetiva*.

Em seu artigo 1º, dispõe a Lei de Arbitragem Brasileira (LAB) que “as partes capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios”. Oportuniza-se a identificação da *arbitrabilidade subjetiva* pela menção à capacidade, expressa no dispositivo legal em registro, que, em verdade, faz alusão à capacidade jurídica estabelecida na legislação substantiva, notadamente nos art. 3º e 4º do Código Civil Brasileiro (CCB)¹⁴⁹.

¹⁴⁷ No original: [...] criterion was a breach of public policy in the disputed contract, determining the arbitrability of the dispute entailed examining often complex aspects of the merits of the case. By contrast, using a criterion based on the subject-matter of the dispute enables the courts to determine the arbitrability or non-arbitrability of a dispute with ease. Cf. FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 339.

¹⁴⁸ LIMA, Cláudio Vianna de. *Curso de introdução à arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. pp. 13-14

¹⁴⁹ Art. 3º CCB. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

Quadra enfatizar, com a expressão de Herick Mardegan¹⁵⁰, que o art. 1º da LAB estabelece que “as partes, para se utilizarem do procedimento arbitral, devem possuir capacidade contratual de acordo com as normas do Código Civil, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas”.

Eis que se faz perceptível que para o Direito brasileiro a arbitrabilidade subjetiva não se resume ao genérico critério de fixação enunciada no CCB, “da parte civilista fica então competente os ditames para regular a capacidade das pessoas para contratar, já para a parte processualista, a capacidade processual para a submissão à arbitragem”¹⁵¹.

Diz-se que a questão da capacidade não se esgota no âmbito civil da pessoa física, pois, as pessoas jurídicas firmam contratos, estabelecem negócios, em suma, contraem obrigações e podem exigir o acatamento de direitos, e nesta senda, a teor do art. 40 e seguintes do Código Civil¹⁵², se amolda a sua personificação, e, por conseguinte, enfeixa-se a alegada

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º CCB. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

¹⁵⁰ MARDEGAN, Herick. *Arbitragem e o Direito Empresarial*: Efetividade e Adequação. Curitiba: Juruá, 2010. p. 60

¹⁵¹ ROSÁRIO, Camile. Perspectiva luso-brasileira da aplicação da arbitragem nos contratos administrativos de colaboração entre o setor público e o privado. pp. 219-248. In: *Portugal, Brasil e o mundo do direito* / Vasco Pereira da Silva, Ingo Wolfgang Sarlett, coordenadores ; Inês Quadros [et al.]. Coimbra: Almedina, 2009. p. 225

¹⁵² Art. 40 CCB. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

Art. 41 CCB. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

Art. 42 CCB. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.

Art. 43 CCB. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Art. 44 CCB. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

capacidade contratual. Por sua vez, a capacidade processual, genericamente considerada, se deduz das previsões dos Art.s 7º a 9º do CPC¹⁵³.

Questionamentos são aferíveis quando se posta diante de uma contratação internacional. Em eventuais divergências em contratações transnacionais firmadas no Brasil, por nacionais pátrios ou em negociações consolidadas em solo brasileiro, insta, pois, capitanear o art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁵⁴ como lei de regência de fixação da capacidade da parte para celebrar um determinado negócio jurídico, donde se evidencia que incumbe à lei do domicílio dos envolvidos determinar a capacidade deles haurida.

Atento à perturbadora questão da capacidade das partes, destaca-se a *arbitrabilidade subjetiva*, isto é, desponta a capacidade contratual, e a possibilidade de se manejar a arbitragem para debelar o litígio, a teor da fixação do art. 1º da lei 9.307/96. Ausentes tais requisitos, inviabiliza-se a utilização do método extrajudicial, ao que normalmente se agarra para denegar a admissão da arbitragem em questões administrativas:

Tratar-se-á da inarbitrabilidade subjetiva quando, por exemplo, o agente não for capaz, o que implica na capacidade de exercício e na de direito, ou, por falta de autorização legal, venha a ser considerado, exemplificativamente, que o Estado ou suas agências não podem convencionar a arbitragem em seus contratos ou conflitos¹⁵⁵ [...]

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

¹⁵³ Art. 7º CPC. Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo.

Art. 8º CPC. Os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil.

Art. 9º CPC. O juiz dará curador especial:

I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;

II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

Parágrafo único. Nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial.

¹⁵⁴ Art. 7º LICC. A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

¹⁵⁵ GARCEZ, 2007, p. 46, nota 05.

Jacob Dolinger e Carmen Tibúrcio¹⁵⁶ retomam o tema pontuando que na arbitragem envolvendo o Estado “há que se analisar a arbitrabilidade subjetiva e também a objetiva, pois, em algumas situações, além da questão da incapacidade de o Estado comprometer-se, a matéria poderá ser de império”, resultando na afetação da soberania estatal.

Sob o véu dessa indicação aflora a comum interpretação do art. 1º da LAB, destacada no trecho acima, que resgata a , propicia a discussão sobre a viabilidade de a Administração Pública figurar como parte interessada no Juízo arbitral, objeto máxime da pesquisa em curso, a que se dedicará o Capítulo III deste trabalho dissertativo.

De outro giro, a *arbitrabilidade objetiva* deve ser compreendida como aquela que se comunica com a natureza do objeto da arbitragem, cuidando para que se façam presentes direitos patrimoniais disponíveis:

“Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto”¹⁵⁷.

Pela redação do dispositivo em apreço, alcança-se a evidência de que subsistindo a capacidade da parte – civil e processual, e a disputa de uma pretensão da qual possa dispor, a submissão à arbitragem se valida, por repousar na seara da administração de bens:

Os direitos que possuem por objeto um bem inerente ao patrimônio de alguém e que possa ser apropriado ou alienado, em suma, constituem os direitos patrimoniais. Por disponíveis, podemos entender os direitos de ordem privada, suscetíveis de livre disposição pelas partes através de negócio jurídico [...]. A expressão da lei alcança todo e qualquer direito disponível, incluindo os intangíveis e imateriais. Direitos disponíveis são aqueles de índole particular em que as partes podem dispor deles através de um negócio jurídico, como, por exemplo, a compra de um carro, a doação de imóvel desembaraçado, de acordo

¹⁵⁶ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional Privado*: parte especial: Arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 214

¹⁵⁷ CARMONA, 2009, p. 56, nota 13.

com o art. 1.035 do Código Civil brasileiro: “Art. 1.035. O direito material só admite a transação quanto a direitos patrimoniais de caráter privado”.¹⁵⁸

Com fulcro nos dispositivos legais arrolados, não há páreo de dúvidas para o afastamento da possibilidade de interessados submeterem à arbitragem litígios relativos a direito de família, especialmente os casos que tratem do estado das pessoas, ademais, aparta-se a apreciação de questões sucessórias e, ainda, resta elidida a apreciação que envolva matérias afetas à tipicidade penal¹⁵⁹.

Em certas áreas, entretanto, a doutrina ainda não tem entendimento pacífico, dentre elas, as relações contratuais do trabalho, as relações de consumo e os litígios de cunho administrativo, restando a investigação desta pesquisa se dedicar à análise dessa última referência.

Para Carreira Alvim¹⁶⁰, o poder das partes de transigir em sede jurisdicional é sensivelmente mais amplo do que em sede arbitral, porquanto, mesmo os direitos indisponíveis, em circunstâncias figuradas em lei, comportam transação (não no *an debeat*, mas no *quantum debeat*); no que atenta à utilização da via extrajudiciária para os fins transacionáveis, sequer podem as partes, para dirimi-los, louvarem-se em árbitros.

Visando depurar as imprecisões das conceituações colidentes, derivada da ambigüidade da expressão “direitos disponíveis”, “as legislações estrangeiras têm preferido delimitar a arbitragem pela referência a controvérsias que possam ou não, ser objeto de transação”¹⁶¹, instituindo a equivalência entre o conceito jurídico de direito disponível e transigibilidade.¹⁶²

¹⁵⁸ MARDEGAN, 2010, p. 60, nota 150.

¹⁵⁹ Em dados casos, “apesar de integrar o patrimônio moral de uma pessoa, certos bens admitem a transação, como, v.g., a honra, em que, havendo ofensa, e processo penal a respeito, pode o ofendido perdoar o ofensor. Tais bens, no entanto, não se compreendem no contexto da arbitragem”. Cf. CARREIRA ALVIM, 2006, p. 47, nota 46.

¹⁶⁰ CARREIRA ALVIM, 2006, p. 48, nota 46.

¹⁶¹ *Idem, ibidem, loc. cit.*

¹⁶² CARREIRA ALVIM, 2006, p. 47, nota 46.

O instituto jurídico arbitral invoca, para sua plena validade, a demonstração de um acordo de vontade entre as partes interessadas, emanado espontaneamente de uma avença entre ambas, acerca de direitos patrimoniais transigíveis.

Daí decorre o grande imbróglio da questão, pois, em dadas legislações estrangeiras, *ex vi* os países integrantes do MERCOSUL, entes estatais não poderão se valer da arbitragem comercial internacional para solucionar problemas advindos de contratos nessas áreas¹⁶³, e essa feição restritiva se espraia para as relações internas.

Em respeito à ordem pública, não serão válidas convenções arbitrais que contrariem disposição legal impeditiva, pois lhes faltará a mencionada arbitrabilidade subjetiva.

De posse de tais considerações, parte significativa da doutrina advoga o impedimento geral e irrestrito de instituição de cláusulas arbitrais em contratos públicos, outra parcela combate as reflexões em registro: ambas as facções esposam fundamentos dignos de nota, sob esta controvérsia se sustém a abordagem proposta neste trabalho dissertativo, como será adiante listado e esquadrinhado, todavia, por ora, resta consagrar que as referências à inarbitrabilidade soam como vestígios dogmáticos do passado¹⁶⁴.

1.6. Vantagens e Desvantagens da Arbitragem

Há quem enfatize, com entusiasmo, os méritos da arbitragem em face da jurisdição estatal, posicionamento ao qual se filia, porquanto “em razão do custo-benefício, a solução extrajudicial de controvérsias é uma opção rápida, sigilosa e menos dispendiosa do que as

¹⁶³ LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*. Curitiba: Juruá. 2002. p. 60. Mais sobre o desenvolvimento da arbitragem no MERCOSUL em: LEMES, Selma Maria Ferreira. O desenvolvimento da arbitragem no Brasil e no exterior. In: *Valor econômico*, São Paulo, v. 4, n. 813. Legislação e Tributos, 01 ago. 2003. p. E-2; LEMES, Selma Maria Ferreira. O Mercosul e a arbitragem comercial. In: *Folha de São Paulo*, São Paulo, n. 24447, 09 mar. 1996. p. 2-2.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Ana Perestelo. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 11

Cortes Oficiais, sendo sempre garantido às partes a igualdade de tratamento e contraditório”¹⁶⁵.

Roberto Rosas¹⁶⁶ reitera os apontamentos publicados no jornal *O Estado de S. Paulo* por Miguel Reale¹⁶⁷, quando da entrada em vigor da Lei de Arbitragem Brasileira, para exaltar a importância da utilização do instituto, destacando que, a partir da vigência da Lei 9307/96, “o Estado abre mão de poderes antes considerados indelegáveis, porque necessita dessa transferência para melhor atender ao jurisdicionado”.

Uma das principais motivações à utilização da arbitragem se lastreia nas deficiências do sistema judiciário. Some-se à proposição registrada, a anotação que se transcreve:

Nos dias atuais, sem dúvida alguma, a morosidade da máquina judiciária, os obstáculos processuais na obtenção do trânsito em julgado das decisões, ainda, em certas jurisdições, a própria desqualificação das autoridades julgadoras realçam, ainda mais, as vantagens da utilização do instituto da arbitragem comercial.¹⁶⁸

Referidas insuficiências e inoperâncias foram usualmente intituladas como decorrências da crise que atravessa o Poder Judiciário.

¹⁶⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem, a solução de conflitos “high-tech”. In: *Folha de São Paulo*. São Paulo, 29 mai. 1994. p. 4

¹⁶⁶ ROSAS, Roberto. A sociedade e a justiça: processo e judiciário no século XXI. pp. 113-119. In: *Desafios do século XXI*. (coord.) Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Cengage Learning Editores, 1997. p. 117; Arbitragem: importância do seu aperfeiçoamento. o papel do advogado. In: *Revista dos Tribunais*, Fasc. Cív., a. 86, v. 746, pp. 78-80, dez. 1997. p. 78

¹⁶⁷ Em festejado estudo, datado de 2005, sobre a crise da justiça e as potencialidades da arbitragem para atenuá-las, lecionou Miguel Reale: “[...] parece-me que chegou a vez e a hora da arbitragem, tornando-se evidente a necessidade que deveriam ter as empresas e os advogados de fazer mais constante e habitual emprego da Lei 9.307, de 23.09.1996, que a implantou no País. É preciso, em suma, superar quanto antes o caráter de excepcionalidade que prevalece, no Brasil, quanto ao emprego da arbitragem. Se não me engano, é crença predominante, nos círculos empresariais, e até mesmo na classe dos advogados, de que o processo de arbitragem seria mais propriamente destinado aos negócios internacionais, e quando estiverem em jogo questões de apurada técnica, cujo julgamento exija altos conhecimentos especializados tanto dos peritos, que geralmente atuam no foro, quanto dos magistrados. Ora, se há algo que vai adquirindo cada vez maior consistência, no mundo contemporâneo, é a opção normal - ou seja não excepcional - da arbitragem como processo para resolver qualquer espécie de conflito entre as partes de contratos de significativo valor, desde que se trate, é óbvio, de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” Cf. Crise da justiça e arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 5, p. 11-13, abr./jun. 2005. p. 11

¹⁶⁸ MARTINS, 1990, p. 7, nota 58.

Em feliz análise metafórica, Selma Lemes se apropria de alusão de respeitável professor espanhol para assemelhar os males que assolam a máquina judiciária a um câncer que a corrói, e a torna enferma, para tanto, conclui que se opera a diminuição do sofrimento da paciente pela ministração de remédios de uso tópico, quais sejam, “utilização de instrumentos de soluções de controvérsias fora da jurisdição estatal, como, por exemplo, o instituto da arbitragem”¹⁶⁹.

A crise, prospectivamente, faz emergir mecanismos extra-oficiais de eliminação dos problemas narrados, vez que não se cogita que o Poder Judiciário, como instituição de origem milenar, possa simplesmente ser descartado¹⁷⁰.

A excitação com a utilização do instituto arbitral é diluída por José de Albuquerque Rocha¹⁷¹ quando alerta que a crise do Judiciário se apresenta como premissa político-ideológica à plena utilização da arbitragem, pontuando, ainda que as disjunções da atividade jurisdicional implicaram na busca de uma solução de mercado, portanto, inspirada na ideologia liberal, denotando uma resposta do liberalismo às inadequações da prestação jurisdicional.

A despeito do suposto inconveniente jus-político¹⁷², é sabido que a crise do Judiciário tem frustrado mundialmente a promoção social¹⁷³, porquanto impõe amarras às expectativas dos jurisdicionados.

¹⁶⁹ LEMES, 1992, p. 12, nota 34.

¹⁷⁰ LACERDA, 1998, pp. 32-35, nota 66.

¹⁷¹ *A lei de arbitragem*: uma avaliação crítica. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 20

¹⁷² Welber Barral rebate o posicionamento de inspiração liberal ou neoliberal, retomando uma observância histórica incontestável. Para o Autor a constatação de um liame com aspirações liberais consagra mais um mito, que pretende inculcar à arbitragem uma “motivação espúria”. Barral rotula a reflexão como eminentemente maledicente, aduzindo que seus defensores parecem olvidar o fato de que o instituto da arbitragem antecede a própria idéia de liberalismo. Op. Cit., pp. 18-22, nota 106.

¹⁷³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: *Temas de direito processual*: (nona Série). São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 367-377 *passim*; No mesmo sentido: ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O Papel do poder judiciário em uma democracia representativa*. In: *BDJur*, Brasília, DF. 11 dez. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/11473>>. Acesso em: 11 mar. 2010.

É possível conceber que a insuficiência da atividade jurisdicional decorre do aumento dos conflitos sociais, nada obstante, subsiste inegável descontentamento com a prestação tradicional estatizada, ante a demora proveniente de formalismos processuais excessivos, do apego à forma, da manutenção de prazos especiais e diferenciados, ademais, de ardis de partes e causídicos que intentam proceder a entraves ao curso processual, ainda que tal prática resulte na angústia dos jurisdicionados pela incerteza acerca da duração do feito, a se somar a inafastável dúvida quanto ao desfecho do processo¹⁷⁴. Manifestam-se, ainda, problemas de ordem sociológica, assim narrados:

Com razão foi dado realce aos empecilhos de uma legislação processual obsoleta, que propicia recursos e expedientes que solertes advogados convertem em instrumento tático de incabíveis e condenáveis delongas; à carência nos órgãos judiciários dos meios eletrônicos que a técnica de comunicação atualmente predomina nos domínios empresariais, prevalecendo ainda antigas praxes cartoriais; à crise do ensino jurídico que impede a rápida seleção de juízes à altura de sua alta missão, com acabrunhantes lacunas nos quadros da magistratura; à revisão e atualização da organização judiciária, graças à autonomia que a Constituição confere ao Judiciário; à condigna remuneração compatível com a alta missão confiada aos magistrados, obedecidas, porém, as possibilidades financeiras do Poder Executivo, e sem se criarem diferenças gritantes em conflito com o que é pago a seus auxiliares¹⁷⁵.

Conquanto persistam críticas veementes consagradas em desfavor do Judiciário Brasileiro¹⁷⁶, recentes análises evidenciam que o sistema estatal de resolução de disputas atravessa uma crise global¹⁷⁷⁻¹⁷⁸.

Ante ao cenário de “mazelas crônicas do Poder Judiciário, e das tentativas vãs de agilização da prestação jurisdicional por juristas especializados em processo, não resta

¹⁷⁴ LACERDA, 1998, p. 21, nota 66.

¹⁷⁵ REALE, 2005, p. 11, nota 167.

¹⁷⁶ Vide BARRAL, 2000, *passim*, nota 106.

¹⁷⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual*: (oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004. pp. pp. 01-13 *passim*, especialmente pp. 04-05

¹⁷⁸ Eduardo Bregler promove interessante avaliação sobre o tema da opção pela arbitragem em cenário mundial, servindo como referência à análise o seguinte trecho: “Buscando explicação para o fato, constatei que vários dos problemas da jurisdição estatal brasileira ocorriam, também, em países industrializados: morosidade, formalismo excessivo e perplexidade do juiz diante de situações não rotineiras eram traços comuns em várias jurisdições estrangeiras. A preferência pela arbitragem devia-se, portanto, ao fato de que, ao contrário da jurisdição estatal, o árbitro podia ser um especialista no tema objeto da controvérsia, e dedicava-se à solução da controvérsia de forma concentrada, conduzindo o procedimento com alta prioridade”. Cf. Arbitragem nos contratos privados. In: *Revista dos Tribunais*, a. 86, v. 745, pp. 59-66, nov. 1997. p. 60

outra tentativa senão o critério alternativo”¹⁷⁹, donde sobeja a relevância e adequação da arbitragem aos escopos pretendidos.

Ao se atentar para os critérios fundantes da prestação jurisdicional - decurso temporal, dispêndio com custos processuais e imparcialidade dos julgadores - os judiciários nacionais, em regra, não alcançam patentear a adequação plena de tais fatores.

É notório que se enumeram patologias em todos os sistemas judiciais existentes, em alguns deles avulta em importância a morosidade para resolução dos litígios, em outros se destacam os gastos substanciais para o seguimento da marcha processual, e tantas vezes, impera uma inversão lógica da intervenção estatal pelo incentivo a fórceps à autocomposição dos envolvidos¹⁸⁰, para que não se retarde um tanto mais as soluções almejadas.

Resta inequívoco que o curso processual demanda um prazo fisiológico para que se finde¹⁸¹, ademais, os sujeitos parciais e seus patronos não raro lançam mão de artifícios e mecanismos hábeis à procrastinação da relação jurídico-processual inaugurada pela invocação da prestação jurisdicional¹⁸². Em decorrência de tais fatores, e tantas vezes da inviabilidade de utilização da jurisdição estatal¹⁸³, sobrevêm os mecanismos alternativos de resolução de conflitos, enquanto ferramentas aptas à minoração do dispêndio de tempo e esforços da máquina estatal.

¹⁷⁹ LACERDA, 1998, p. 22, nota 66; Mais em: SILVA, 2005, pp. 81-154 e pp. 169-184, nota 101.

¹⁸⁰ Oportuno carrear algumas conclusões trazidas por Carlos Alberto Carmona acerca da “fúria da conciliação”: “Ocorrem então fenômenos quase que patológicos, ousamos afirmar, como aquilo que se tem visto na Justiça Trabalhista: à fúria de conciliar, muitos vogais e alguns juízes presidentes de juntas de conciliação e julgamento acabam por impor certos acordos que prejudicam os legítimos direitos do obreiro ou aniquilam a perspectiva do empregador honesto - sempre intimidado perante a justiça federal especializada, que tende a tratar com maior benevolência o hipossuficiente - de obter uma sentença justa. Onde está, então, a harmonização das desavenças? Que tipo de equilíbrio social pode trazer um acordo que não convence os contendores?”. Cf. A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias. In: *Revista de Processo*. a. 15, v. 56, out. 1989. p. 95

¹⁸¹ RODRIGUES, 2003, pp. 177-181 *passim*, nota 130.

¹⁸² ARRUDA ALVIM, José Eduardo. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direto material. In: *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. pp. 167-184 *passim*;

¹⁸³ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *Arbitragem Internacional*: questões da doutrina e da prática, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 04.

Por tais evidências, sobrevém a relevância da busca de alternativas viáveis a sanar os entraves em registro no sistema jurisdicional estatal¹⁸⁴.

Em meio ao cenário de “mazelas crônicas do Poder Judiciário, e das tentativas vãs de agilização da prestação jurisdicional por juristas especializados em processo, não resta outra tentativa senão o critério alternativo”¹⁸⁵, donde sobeja a relevância e adequação da arbitragem aos escopos pretendidos.

A heterocomposição privada para solução de disputas, atualmente, tornou-se instrumental indispensável na resolução das contendas.

Resta óbvio que o sistema padrão de eliminação de embates apenas em tese propicia o atendimento eficiente das necessidades de cada um dos conflitos postos à apreciação, motivo bastante para que os operadores jurídicos manejem e dominem os métodos alternativos de dissipação de crises.

A matriz de referidas propostas de adensamento e adesão aos denominados meios não-ortodoxos de resolução de conflitos deve se basear na assunção da responsabilidade para com a eliminação efetiva das controvérsias:

Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Existem possibilidades de solução de conflitos por terceira pessoa e sem a marca da imperatividade. São os chamados meios alternativos de solução dos conflitos, representados pela arbitragem, pela conciliação e pela mediação, de grande utilidade social e fortemente incrementados pelo direito moderno. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2005. p. 15

¹⁸⁵ LACERDA, 1998, p. 22, nota 66.

¹⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. In: *Revista de Processo*. v. 19, n. 74, p. 82-97, abr.- jun. 1994. p. 97.

Nota-se, por fim, “que o ambiente atual é propício para propagação da utilização da arbitragem”¹⁸⁷, vez que “os méritos e vantagens da arbitragem em relação ao processamento em si da ação no judiciário são, assim, menos discutíveis. E ainda menos discutível será, se tomarmos em conta, unicamente, a arbitragem em questões ou contratos internacionais.”¹⁸⁸

Não obstante a simpatia à via arbitral, o dever acadêmico na pesquisa obriga que se atente aos perigos da banalização das convicções¹⁸⁹, sem que se opere a menção aos posicionamentos contrários às reflexões alcançadas até o momento, algumas considerações críticas são elogiáveis e producentes¹⁹⁰, outras tendem a desvirtuar o problema para a mera animosidade¹⁹¹.

Diz-se que a arbitragem é exaltada como “a” solução às mazelas da crise do Judiciário¹⁹², como fórmula mágica às vicissitudes da lentidão procedimental, e, neste giro, costuma-se alegar que as mencionadas afirmações são exageradas.

As sustentações que recusam a atribuir arbitragem um condão de única redenção do Judiciário são coerentes, haja vista que sem a demonstração de uma equação de incógnitas que favoreçam a mitigação da crise sistêmica da prestação jurisdicional, há pouco o que se possa fazer, sendo esta a inflexão registrada por Alexandre Câmara¹⁹³:

A Lei de Arbitragem, porém, não é capaz de, sozinha, mudar o mundo (ou o Brasil). Esta lei é, apenas, o primeiro passo, necessário para que outros, muito mais importantes sejam dados. Entre esses passos, faz-se notar, pela sua

¹⁸⁷ LEMES, 1992, p. 12, nota 34.

¹⁸⁸ GARCEZ, 2007, p. 30, nota 05.

¹⁸⁹ A este respeito, com percuciência, aponta-se que: "A Lei nº 9.307/1996 trouxe uma das maiores inovações processuais e jurídicas dos últimos tempos. Muito está sendo feito para consolidar este instituto, mas é preciso tomar cuidado com equívocos que possam comprometer a credibilidade de todo o trabalho". Cf. LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem: visão pragmática do presente e futuro. In: *Justilex*, v. 4, n. 47, p. 60-61, nov. 2005. p. 60

¹⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, 2004, pp. 01-13, especialmente p. 7, nota 177.

¹⁹¹ Na órbita das reflexões pouco ambientadas com as benesses da arbitragem, é possível arrolar o seguinte artigo: PRUDENTE, Antônio Souza. Inconstitucionalidade da justiça privada na nova lei de arbitragem. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 33, n. 132, pp. 49-52, out./dez. 1996.

¹⁹² BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 7, nota 177.

¹⁹³ CÂMARA, 2009, p. 154, nota 107.

relevância a necessidade de formação, no Brasil, de uma cultura arbitral, sob pena de termos, aqui, mais uma lei que “não pega”.

Proclama-se a onerosidade da arbitragem como um dos entraves à sua disseminação. Olvidam-se, no entanto, que à exceção dos casos em que se oportuniza a assistência judiciária gratuita, e naqueles âmbitos de atuação jurisdicional estatal em que o acesso dispensa o pagamento de custas processuais e emolumentos¹⁹⁴, v.g., os Juizados Especiais, todas as demais participações das partes no processo serão acrescidas das cifras registradas, e ainda de honorários advocatícios (em tempo: excetue-se a Fazenda Pública e suas prerrogativas).

Afirma-se ainda que, reiteradamente, os árbitros quebram o dever de imparcialidade, agindo de forma atentatória à dignidade procedimental, favorecendo a parte que lhe tenha indicado, em patente desrespeito ao princípio do juiz natural.

Inequivocamente maus profissionais funcionam em todas as áreas, e os juízes togados podem igualmente incorrer em práticas corruptas¹⁹⁵. Ademais, conforme aponta Clávio de Melo Valença Filho¹⁹⁶, “o inadimplemento do *receptum arbitrii* pode dar causa à apuração da responsabilidade contratual do árbitro, o que, de fato, não existe na justiça estatal”.

De forma não concatenada com a realidade, algumas vozes contrárias à arbitragem advogam à tese de recorrência de práticas desonestas dos árbitros para minorar a respeitabilidade do instituto¹⁹⁷, contudo, é sabido que as instituições democráticas têm

¹⁹⁴ PANTOJA, Teresa Cristina G. Dificuldades (superáveis) para a adoção da arbitragem. In: *Prática em arbitragem*. / coordenação Teresa Cristina G. Pantoja; Carlos Henrique de C. Fróes. [et al.] Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 87.

¹⁹⁵ Em trabalho sintético, porém exponencial, Miguel Reale discriminou as causas da crise da justiça, arrolando a corrupção da magistratura e a leniência como causas ao caos deflagrado: “Desde a alarmante morosidade para obtenção de sentenças definitivas e sua imediata execução - ponderando-se que justiça tardia é justiça nenhuma - até o leal reconhecimento de que nem mesmo o Poder Judiciário ficou isento dos malefícios da corrupção, pode-se dizer que não houve causa relevante que não fosse aduzida para explicação da mencionada crise”. Cf. *Op. Cit.*, p. 11, nota 167.

¹⁹⁶ *Op. Cit.*, p. 55, nota 118.

¹⁹⁷ Arnoldo Wald avoca a idoneidade do instituto, ao lembrar que “estatísticas recentes evidenciam que, em cerca de 700 casos de arbitragem, só houve anulação de menos de 20 decisões, evidenciando que a patologia se restringe a 2% ou 3% dos casos, o que é plenamente admissível e não deve afetar a segurança jurídica da qual a

trabalhado de forma incansável para impedir que “os avanços [da arbitragem] não sejam desacreditados pelo comportamento inaceitável de alguns”¹⁹⁸⁻¹⁹⁹²⁰⁰.

Há quem alegue que os árbitros não contam com conhecimentos jurídicos bastantes para dirimir conflitos²⁰¹, posto que muitos não são bacharéis em direito. Essa crítica é facilmente objetada ao se relembrar que não se exige sequer dos Ministros do STF mencionada titulação, sendo suficiente o notório saber jurídico e a conduta ilibada²⁰². O mérito de atuação de não-bacharéis em direito está na demonstração de outras expertises, que em dadas vezes são mais relevantes²⁰³.

arbitragem necessita para desenvolver-se”. Cf. A patologia da arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 7, n. 27, p. 35-45, out./dez. 2010. p. 36

¹⁹⁸ TEIXEIRA; ANDREATA, 1997, p. 02, nota 35.

¹⁹⁹ Com propriedade salienta-se que: “Não se pode permitir que em nome do joio se desperdice o trigo, fecunda e bem cuidada que é a Lei de Arbitragem, na sua estrutura lógica e funcional, tal como integralmente constituída.” Cf. LEMES, Selma Maria Ferreira. A arbitragem e a profissão de árbitro. In: *Valor Econômico*, Caderno Legislação & Tributos, 14 dez. 2007. p. E2

²⁰⁰ Destaca, ainda, Pedro Antônio Batista Martins em valiosa colaboração a um periódico local: “Contudo, um alerta: cuidado com os espertos de plantão. A arbitragem não é negócio; é, sim, instrumento valioso de acesso à justiça. Árbitro e juiz não se confundem, como tencionam alguns em flagrante má-fé, pois buscam na equiparação aos verdadeiros juízes - juízes togados - a qualificação que lhes falta e que, sem dúvida, nunca terão. Por certo, a experiência de outros países nos mostra que a arbitragem sobreviverá aos salteadores, pois conta com vários apoios, sobretudo do Poder Judiciário”. Cf. Arbitragem, a lei que pegou. In: *Correio Braziliense*, Brasília, caderno Direito e Justiça, n. 14167, 04 mar. 2002. p. 5.

²⁰¹ PRUDENTE, 1996, p. 50, nota 191.

²⁰² Art. 101 CF - O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

²⁰³ Avultam defensores de que a ausência de reconhecimento e registro dos árbitros minora a credibilidade do instituto arbitral, razão pela qual até mesmo se propôs a instituição da profissão de árbitro. A este respeito, salientou Selma Lemes: “A Lei nº 9.307 determina, em seu artigo 13, que “pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”. Estes são os atributos necessários para ser indicado como árbitro. A capacidade é a civil e a técnica (quando for o caso) para decidir a matéria. Estas características agregadas ao dever de agir com independência, imparcialidade, discricção, competência e diligência é que representam o denominado Código de Ética do Árbitro disposto no artigo 13, parágrafo 6º da lei. É o mínimo e o máximo exigido. Nada mais. Por estes motivos, o Projeto de Lei nº 4.891, de 2005, que tramita na Câmara dos Deputados e que objetiva instituir a profissão de árbitro e mediador, não opera a favor da liberdade que deve pairar na indicação de árbitro - criaria uma profissão que não existe em nenhum lugar no mundo, geraria uma expectativa profissional que não corresponde à realidade da atividade e seria um engodo para os cidadãos que despenderão dinheiro e tempo em algo que lhe será prometido e poderá nunca se realizar, já que, como acentuado na doutrina, o correto é “estar árbitro” e não “ser árbitro”. O citado projeto viola valores e princípios ínsitos na Constituição Federal e que enaltecem a liberdade, o direito ao trabalho, o monopólio judicial na execução forçada de sentenças arbitrais etc. Argumentam alguns que referida regulamentação se faz oportuna, pois existem pessoas inescrupulosas que pretendem esconder-se sob o manto da Lei nº 9.307, agindo e desvirtuando os seus fundamentos e princípios. Ora, para combater este mal há os instrumentos legais cíveis e penais. É da competência do Ministério Público e do Poder Judiciário atuar na área, bem como do Executivo”. Cf. *Op. Cit.*, 2007, p. E2, nota 199.

Por fim, de posse de princípios expressos e implícitos da ordem jurídica, proclamam que a arbitragem gera o afastamento do exercício da jurisdição, o que seria inconstitucional, bem assim, alegam, que a impossibilidade de revisão da sentença arbitral macula o duplo grau de jurisdição.

A uma, diz-se que a Excelsa Corte já espancou quaisquer referências à inconstitucionalidade do juízo arbitral. Ademais, trata-se de opção da parte capaz, civil e processualmente, hábil a manejar o método extrajudicial para dirimir a controvérsia acerca de direitos patrimoniais transacionáveis. Neste giro, preceitua Miguel Reale²⁰⁴:

Pois bem, somente uma errônea interpretação poderia ver na arbitragem uma violação desse mandamento, sobretudo nos termos em que a disciplina a citada Lei 9.307 de 1996, que, diversas vezes, prevê a interferência do juiz, quer para superar qualquer dúvida quanto à natureza efetiva de direitos patrimoniais disponíveis em discussão; quer porque é lícito às partes pleitear ao órgão do Poder Judiciário a nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos na Lei especial.

Por outro lado, será denegada a homologação para o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, se o Superior Tribunal de Justiça constatar que, segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem, ou que a decisão ofende a ordem pública.

Como se vê, os que optam pelo processo de arbitragem acham-se protegidos pelo superior pronunciamento do Poder Judiciário, não subsistindo mais as dúvidas iniciais dos que, por equívoco, argüiram a sua inconstitucionalidade.

Se não bastante, a irrecorribilidade da sentença arbitral pelos meios judiciais ordinários produz como garantia constitucional correlata a possibilidade de impugnação, projetando, assim, a necessária efetivação das garantias constitucionais do processo, bem como do direito das partes à decisão do mérito da controvérsia, ademais, proclama o princípio da legalidade processual e da não violação de normas inderrogáveis acerca do procedimento²⁰⁵.

²⁰⁴ Op. Cit, p. 12-13, nota 167.

²⁰⁵ RICCI, Edoardo Flavio. A Impugnação da Sentença Arbitral Como Garantia Constitucional: reflexões sobre a doutrina brasileira. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 24, n. 96, p. 17-27, out./dez. 1999. pp. 20-25 passim

A duas, o princípio do duplo grau sequer figura expressamente no texto constitucional, ademais, prestigiada a autonomia da vontade²⁰⁶, se voluntariamente a parte abdicou das inúmeras instâncias do Poder Judiciário, não seria condizente que tivesse de retornar às práticas formalistas e burocráticas do juízo estatal.

1.7. A distinção entre arbitragem interna (doméstica) e a Arbitragem Comercial Internacional

Coerente com os novos rumos trilhados pela coletividade, ante a agilidade das relações interpessoais, diz-se que o “atual estágio da Sociedade internacional aumentam as possibilidades de soluções negociadas entre as partes, a chamada justiça restaurativa, entre as quais, a arbitragem ganha destaque”²⁰⁷.

Comumente conceitua-se a arbitragem como sendo “um acordo de vontades de que se utilizam os contratantes, preferindo não se submeter a decisão judicial, com o objetivo de solucionar seus conflitos de interesses presentes ou futuros, por meio de árbitro ou árbitros”²⁰⁸.

A arbitragem desponta na resolução conflitual por restar dotada de maior disseminação no plexo internacional, conseqüência lógica da tendência mundial de reavaliação de conceitos já cristalizados pela mentalidade jurídica²⁰⁹.

²⁰⁶ Diz-se que: “A arbitragem reflete, pois, a liberdade. Com ela renasce a autonomia da vontade, por demais esquecida ao longo dos anos de intervenção estatal.” Cf. MARTINS, 2002, p. 05, nota 200.

²⁰⁷ MARDEGAN, 2010, p. 20, nota 150.

²⁰⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Arbitragem. In: *Revista CEJ*, Brasília, n. 24, pp. 67-74, jan.-mar. 2004. p. 68

²⁰⁹ Mais sobre o tema abordado: BULOS, Uadi Lammêgo; FURTADO, Paulo. *Lei da arbitragem comentada: breves comentários à lei n. 9307, de 23-9-1996*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 04; LAFER, Celso. *Comércio e relações internacionais*. São Paulo: Perspectiva, 1977. *passim*

Este efeito é marcado pelos avanços tecnológicos e científicos, a intensificação do comércio internacional²¹⁰, a contínua integração social com as contínuas imigrações, as influências culturais, além da integração econômica.

A partir da intensificação deste fenômeno, o Estado e o Direito sofrem rupturas nas mais diversas de suas instituições. José Eduardo Faria²¹¹ resume estas rupturas da seguinte maneira: *a)* a mundialização da economia (internacionalização dos mercados), *b)* a desconcentração do aparelho estatal (privatização e desregulamentação dos direitos sociais), *c)* a internacionalização do Estado (formação dos blocos regionais e tratados de livre comércio), *d)* a fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes sempre buscando o melhor custo-benefício (concentração dos investimentos das empresas multinacionais em países com legislações favoráveis aos seus interesses), e *e)* a expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória (*lex mercatoria* estabelecida pelos usos e costumes advindos das negociações internacionais).

Tais fenômenos demandam soluções às lacunas do direito positivo, suscitando o estabelecimento de mecanismos amoldados e aperfeiçoados à composição dos litígios, visando à consecução de finalidades que em última análise fomentam a segurança jurídica e induzem à paz social, observados requisitos de celeridade para prestígio do pleno acesso à justiça²¹².

Dessume-se do constante fluxo das relações empreendidas ao redor do globo terrestre que comércio não mais parou de expandir-se, e hoje, repousado sobre as controvérsias e inquietações do Novo Milênio, o Direito do Comércio Internacional é amplamente estudado e utilizado para regular as transações que ultrapassam os limites territoriais²¹³.

²¹⁰ JAEGER, Guilherme Pederneiras. *Lei aplicável aos contratos internacionais*: o regime jurídico Brasileiro e a Convenção do México. Curitiba: Juruá, 2006. p. 89

²¹¹ FÁRIA, José Eduardo. Globalização econômica e reforma constitucional. In: *Revista dos Tribunais*. Fasc. Cív. a. 86, v. 736, pp. 11-19, fev. 1997. pp. 16-17

²¹² DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. In: *Revista de Informação Legislativa*. n. 128. Brasília: [s.n], out./dez. 1995. p. 63

²¹³ BALESTRA, Ricardo R. *Derecho Internacional Privado*: Parte Especial. Buenos Aires: LexisNexis - Abeledo-Perrot, 1997. p. 127

A decorrência lógica de tais vivências permite evidenciar que litígios eclodem em velocidade inestimável. O processo civil internacional²¹⁴, nesta empreitada, tem enfrentado muitos desafios no que atine ao disciplinamento das relações negociais havidas, e se imbuído de metas direcionadas à mitigação dos empecilhos ao exercício jurisdicional em seara internacional.

Buscando dirimir qualquer conflito cujos interessados guardam domicílio em países diversos, a arbitragem internacional se sobressai como mecanismo hábil ao atendimento das demandas de transformação contemporâneas, ocorrências que se operam dentro de uma economia globalizada, onde a justiça não-estatal “transformou-se em uma jurisdição de direito comum nas relações econômicas internacionais e privadas”²¹⁵.

Resta não confundir a arbitragem internacional com a arbitragem estrangeira, trabalho árduo, porém facilitado pela lição de José Carlos de Magalhães²¹⁶:

É certo que nem sempre é fácil distinguir a arbitragem estrangeira da arbitragem internacional. A primeira resolve um litígio subordinado inteiramente a uma ordem jurídica nacional determinada, em que todos os elementos da relação jurídica controvertida estão sujeitos a uma mesma ordem jurídica, [restando] estrangeira para outros países. [...] Já a arbitragem internacional soluciona controvérsia de caráter internacional, seja porque as partes possuam domicílio em diferentes países, seja, ainda, porque o pagamento deva transitar de um país para o outro. Em outras palavras, a relação jurídica controvertida envolve mais de uma ordem jurídica nacional, embora possa ser regida por uma lei nacional.

Pacificada a diferenciação entre arbitragem estrangeira e internacional, vale sublinhar que a arbitragem comercial internacional testemunhou um crescimento vertiginoso, precedido por tremendas mudanças na legislação e na prática²¹⁷.

²¹⁴ Mais sobre os desafios do processo civil internacional, e os métodos de regulamentação da ingerência estatal em relações de amplitude multinacional em: WERNER, Goldschmidt. *Derecho internacional privado*: derecho de la tolerancia. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990. pp. 429-431

²¹⁵ CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem: a nova lei brasileira e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1996. p. 177.

²¹⁶ Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. In: *Revista dos Tribunais*, Fasc. Cív., a. 86, v. 740, pp. 116-127, jun. 1997. p. 122

²¹⁷ FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1999, pp. 01-04, nota 147

José F. Costa²¹⁸, aludindo à alegórica e espirituosa distinção promovida por Jan Paulsson, categoriza a distinção entre os institutos da arbitragem doméstica e internacional, rememorando que assim como não se pode conceber o cavalo marinho como uma espécie do gênero cavalo, não é possível lançar na vala comum a definição de arbitragem comercial internacional por meros exercícios de sinonímia com a arbitragem doméstica, à qual se agregaria elementos de ordem internacional²¹⁹.

O elucidativo entendimento de quão superficial é a diferenciação entre as arbitragens internas e internacionais no Brasil foi estabelecido nos registros de Maristela Basso²²⁰, donde se percebe que a caracterização distintiva se limitou a versar sobre o local de realização:

O legislador pátrio não diferenciou as arbitragens internas e internacionais, quanto aos seus efeitos, e si, quanto ao lugar onde foram proferidas, considerando como “internacionais” ou estrangeiras aquelas proferidas fora do território brasileiro.

O critério, portanto, que determina o caráter internacional da decisão arbitral, segundo a Lei 9.307/96, é o “lugar em que é proferida”.

Isto porque, examinada a matéria pelo aspecto do direito internacional privado clássico, pode-se dizer que é “interna” a arbitragem quando seus efeitos jurídicos e econômicos se restringem a uma única ordem jurídica. Em outras palavras, as partes estão domiciliadas no mesmo país, ou as sedes das empresas estão também ali, e a arbitragem se realiza no domicílio ou sede das empresas, para gerar efeitos no mesmo país onde foi proferida.

Contrariamente, é “internacional” a arbitragem que se destina a gerar efeitos em duas ou mais ordens jurídicas (Estados) ao mesmo tempo, por razão de domicílio das partes, sede das empresas, localização do contrato objeto de análise etc.

A título de complementação, é possível reforçar as excelentes ponderações distintivas da arbitragem interna e internacional pela identificação da estrutura legal e da imprecisão

²¹⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. Sobre luzes e sombras: arbitragem. In: *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 48, pp. 110-117, jan./mar. 2010. p. 111

²¹⁹ Destaca-se, ainda, o elucidativo ensaio que remarca as diferenças entre arbitragem doméstica e internacional: LEMES, Selma Maria Ferreira. A arbitragem doméstica e a arbitragem internacional. In: *Valor Econômico*, São Paulo, v. 4, n. 815, 05 ago. 2003. p. E2

²²⁰ BASSO, Maristela. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 3, n. 9. pp. 307-314. jul./set. 2000. p. 308

sobre as modalidades de referência de diferenciação²²¹, aclaradas de forma oportuna por Guido Soares²²²:

A estrutura legal que governa a arbitragem comercial internacional tem sido significativamente acrodinâmica e harmoniosa na direção de grande autonomia do processo.

È sabido que nosso ordenamento interno ignora a arbitragem internacional. Nem na lei de arbitragem privada, nem na lei processual encontramos a mínima referência aos critérios para diferenciar a arbitragem ou a sentença nacional com internacionalidade.

Em que pese a adoção de critérios legislativos nada sistematizantes, “as arbitragens comerciais internacionais, hoje, assim como as internas, são bem recebidas em nosso ordenamento jurídico”²²³.

Mais recentemente, a retomada de prestígio da arbitragem internacional deriva de sua “re-descoberta” pelo direito internacional privado e o incremento do comércio internacional.

Por sua vez a segunda, ocorreu no cenário mundial, em que a partir da década de 50 a arbitragem voltou a ser prestigiada e, definitivamente impulsionada, na década de 80 com a globalização da economia, em que os contratos internacionais com os mais variados objetos, valores e complexidades técnicas, quase que à unanimidade, elegem a arbitragem para solução de diferendos, principalmente por ser foro especializado e desvinculado do Estado, sendo os árbitros nomeados pelas partes que, além da independência e da imparcialidade, podem ser especializados na matéria objeto da arbitragem.²²⁴

Em verdade, a doutrina tem se posicionado no intento de suster que “a arbitragem, como procedimento jurisdicional, é realidade incontestada que movimenta o mundo em caráter ascensional”²²⁵.

²²¹ Mais para os necessários esclarecimentos e diferenciações da arbitragem interna e internacional, no primoroso trabalho: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem interna e internacional*: questões de doutrina e prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. *passim*

²²² STRENGER, Irineu. Verdadeira projeção da arbitragem: Convenção de New York de 1958. In: *Revista de direito mercantil*: industrial, econômico e financeiro. n. 129, ano XLII (nova série), pp. 40-44, jan.-mar. 2003. p. 43

²²³ BASSO, 2000, p. 309, nota 220.

²²⁴ LEMES, 2004, pp.150-151, nota 120.

²²⁵ STRENGER, Irineu. *Comentários à lei brasileira de arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998. p. 13

Dos usos e impressões populares acerca de sua aplicação, a arbitragem se presta nomeadamente à solução de pendências internacionais e/ou de controvérsias comerciais. Sob o prisma em destaque convém remarcar a oportuna partição dicotômica sugerida por Jacob Dolinger²²⁶ ao distinguir os institutos da arbitragem doméstica e a arbitragem internacional. Neste sentido, preleciona, ainda, Hermes Marcelo Huck²²⁷ a caracterização vislumbrada para a arbitragem comercial internacional:

A busca de soluções dinâmicas e eficientes para as pendências oriundas das relações comerciais internacionais tem-se orientado no sentido da arbitragem comercial. De natureza basicamente contratual, guarda íntegra, entretanto suas características jurisdicionais. Funcionando como uma jurisdição alternativa, especializada, conhecedora das regras e práticas do comércio internacional, a arbitragem estaria capacitada a dar uma rápida e competente solução para tais pendências.

Acaso não se opere a instituição de mecanismos aptos a refrear com a rapidez almejada pelos envolvidos em contendas internacionais o dissipar da controvérsia, as divergências instauradas tornar-se-iam um pandemônio insolúvel.

Para Eduardo Romero²²⁸, arbitragem comercial internacional ocupa campo de estudo “transversal e interdisciplinar”, que não se esgota nas reflexões jurídicas.

Na tentativa de esquadrihar os termos que figuram na expressão “arbitragem comercial internacional” vigora a imprecisão e a complexidade, motivo bastante para transcender o âmbito desta análise.²²⁹

Por Arbitragem Comercial entende-se a resolução de qualquer litígio de conteúdo econômico. Os critérios para sua adoção, e as matérias passíveis de serem deslindadas

²²⁶ *Direito Internacional Privado*: parte geral. 7. ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 19

²²⁷ *Sentença estrangeira e lex mercatória, horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 125-126.

²²⁸ ROMERO, Eduardo Silva. A Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e os contratos de Estado. In: *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 6, n. 19, p. 257-295, jan./mar. 2003. p. 258

²²⁹ OLIVEIRA, 2007, p. 15, nota 164.

pela via arbitral, mudam de país para país, todavia o método utilizado pelas legislações tende a se harmonizar, de sorte a alcançar o reconhecimento no direito comparado.

No que tange à Arbitragem Comercial Internacional, ante a aglutinação das percepções dos sistemas estrangeiros, esta desponta como sustentáculo ao afastamento de controvérsias nacionais e internacionais²³⁰, resposta à gradual falência do sistema judiciário²³¹ e ao obstáculo natural que vem ser a fixação de competência para dirimir conflitos que envolvam entes lotados em locais distintos do globo terrestre, aproximados pela nova *lex mercatoria*²³².

Substancial porção da doutrina refuta o critério econômico para definir a internacionalidade da arbitragem, levantando dúvidas acerca da existência de um sistema de arbitragem comercial internacional desnacionalizado²³³, como se extrai do trecho seguinte:

Afirma-se que a arbitragem comercial internacional ainda é influenciada pelos diversos ordenamentos jurídicos nacionais e pelo controle dos juízes nacionais. Inclusive, há quem considere ser necessário manter um certo controle dos Estados nas arbitragens internacionais.

Argumenta-se, assim, que, no presente estágio, a realidade da arbitragem comercial internacional é dominada pelos sistemas jurídicos nacionais e, em particular, pela lei do local da arbitragem, e que levará ainda algum tempo até se alcançar um sistema totalmente desnacionalizado.²³⁴

Observa-se que com a priorização de sistemas desnacionalizados, ruma-se para utilização da arbitragem como fórmula excepcional à opção generalizada nos contratos internacionais²³⁵:

²³⁰ BORN, Gary. *International commercial arbitration*: commentary and materials. 2. ed. New York: Kluwer Law International, 2001. p. 566

²³¹ BARBOSA MOREIRA, 2004, pp. 01-13 *passim*, nota 177; BARBOSA MOREIRA, 2007, pp. 367-377 *passim*, nota 173.

²³² Há quem enuncie a Arbitragem comercial internacional como a própria essência e representação da nova *lex mercatoria*. Cf. FOUCARD, GAILLARD; GOLDMAN, 1999, p. 3, nota 147.

²³³ PUCCI, Adriana Noemi. In: Arbitragem comercial internacional - a lei aplicável. pp. 27-45. In: *Direito do comércio internacional*./ Maristela Basso, Maurício Almeida Prado e Daniela Zaitz. Curitiba: Juruá, 2005. p. 32

²³⁴ *Idem, ibidem*, p. 33.

²³⁵ PANTOJA, 2008, pp. 70-71, nota 194.

Compreende-se como parece complexa a missão dos árbitros, em arbitragens internacionais, quando confrontados com questões submetidas a uma dada lei nacional, sobre a qual nem todos os componentes do tribunal arbitral têm conhecimento direto ou experiência concreta. É bem verdade, de outro lado, que a matéria contratual vem recebendo, não de hoje, a maior atenção da parte de instituições e interessados em direito comparado, para o fim de harmonizar, na medida do possível, as legislações nacionais, segundo parâmetros tanto quanto possível uniformes. Trata-se, porém, de campo em que emergem, com frequência, as peculiaridades nacionais, as diferentes culturas e as diversas tradições jurídicas. Os problemas não são poucos, nem pequenos, e constituem desafio às gerações contemporâneas.²³⁶

Atento a tais exigências, impende registrar que no cenário das relações jurídicas comerciais de ordem internacional, a dinâmica negocial impõe que o acompanhamento jurídico seja promovido por um direito que atenda à fugacidade e à agilidade das relações econômicas²³⁷.

Quando se trata de litígios concernentes às relações jurídicas internacionais, consagrada a pontuação de que o Direito Internacional Privado assume o *status* de ramo conflitual por excelência²³⁸, a pretendida coalizão se opera pela mescla do arcabouço jurídico dos demais ramos do direito, em especial com o direito administrativo e o direito processual civil, nos seus aportes de utilização de mecanismos alternativos de resolução de discórdias contratuais de âmbito administrativo.

Insta salientar que os eventos oriundos da pós-modernidade, somados à participação crescente dos países na dinâmica da sociedade internacional, associado, ainda, por marcos principiológicos e uma sistemática própria de utilização do Direito Internacional²³⁹, amoldaram diretrizes ao deslinde de contendas por mecanismos extrajudiciais.

²³⁶ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Arbitragem e interpretação contratual. In: *Direito no século XXI*. Elizabeth Accioly (coord.). Curitiba: Juruá, 2008. pp. 287-298, especialmente pp. 289-290

²³⁷ Welber Barral compreende a atual agilidade das relações negociais internacionais como reflexo de dinâmicas da polarização dos sistemas multilaterais do comércio, a despeito de registrar que a evidência em destaque nem sempre perpetua ou retrata primados de relações de poder. Cf. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 141.

²³⁸ Para mais: ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 195-196; RECHSTEINER; Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 1-5.

²³⁹ A referência à nova sistemática do Direito Internacional deriva dos recém surgidos novos institutos, diversos instrumentos normativos e um método próprio de produção de normas jurídicas Cf. MENEZES, Wagner. Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). pp. 137-160. In: *Blocos econômicos e integração na América Latina*,

A Arbitragem no Brasil²⁴⁰ e o sistema embrionário de solução de litígios nos blocos econômicos – com ênfase ao MERCOSUL – derivam de uma série de circunstâncias e fatores históricos e políticos que demandam estudo aprofundado em sede própria, análises que extrapolam os estreitos lindes desta pesquisa.

A arbitragem, já decantada como direito processual de cidadania²⁴¹, ganha contornos peculiares no cenário internacional, ante a miscelânea institucional operada nas relações multilaterais empreendidas.

Este ensaio busca apartar-se da obviedade que seria a sustentação de que a Arbitragem Comercial se lastreia no princípio da autonomia da vontade, e em razão disso dispensaria a uniformização procedimental, ao pífio fundamento de adequação à modalidade ou ao Tribunal eleito pelos envolvidos, porquanto mencionada percepção induz à equivocada conclusão de que a via arbitral se configura como mero organismo judiciário descentralizado.

Ao se atentar para os imensuráveis benefícios que a concessão de maior amplitude à Arbitragem Comercial fomenta em escala mundial, sobremaneira em questões comerciais internacionais, é possível constatar que além de reduzir o emperramento da engrenagem judiciária estatal²⁴², compatibilizam-se os rogos de agilidade e uniformidade trazidos²⁴³, respectivamente, pela a globalização e pela pós-modernidade.

África e Ásia./ Araminta de Azevedo Mercadante; Umberto Celli Junior; Leandro Rocha de Araújo (coords.)/ Curitiba: Juruá, 2007. p. 138

²⁴⁰ ALVES, Eliana Calmon. *A arbitragem internacional*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, DF, v. 16, n. 1, jan./jun. 2004; ANDRIGHI, Fátima Nancy. *A arbitragem*: solução alternativa de conflitos. Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal, n. 2, p. 149-173, maio/ago. 1996; DELGADO, José Augusto. *A arbitragem no Brasil*: evolução histórica e conceitual. Revista Forense, v. 100, n. 374, p. 127-142, jul./ago. 2004; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. Jurisprudência Mineira, v. 47, n. 137/138, p. 1-13, jul./dez. 1996.

²⁴¹ DELGADO, José Augusto. *A Arbitragem*: direito processual da cidadania. Revista Jurídica, São Paulo, ano 49, n. 282, pp. 05-18, abr. 2001.

²⁴² Sobre o emperramento do Poder Judiciário conferir: PAULA, Jônatas Luiz Moreira. *História do direito processual brasileiro*. Barueri: Manole, 2002. pp. 14-15. Acerca da “crise da jurisdição”, vide PAULA, Jônatas Luiz Moreira. *Uma visão crítica da jurisdição civil*. Leme. LED – Editora de Direito, 1999. pp. 47-53

Considerando as três benesses destacadas à utilização da via arbitral, quais sejam, maior agilidade, menor custo e a eliminação de formalismo excessivos, inexistem ressalvas factíveis ao aguardo da prestação jurisdicional.

Restando inviável o aguardo infindo por alterações emergenciais, circunstância que inelutavelmente demandaria uma viragem nas previsões normativas e na mentalidade dos operadores jurídicos, concebeu-se como acertado e plausível o resgate de instrumentais distintos da jurisdição estatal monopolizadora.

A integração de países fronteiriços ou não – tributários do desejo de incremento de suas participações econômicas na mercancia de âmbito internacional²⁴⁴, bem assim como o aprimoramento da tecnologia, da comunicação à distância e os rogos do mercado, associados às dificuldades de assimilação e harmonização de regramentos de sistemas jurídicos diversos²⁴⁵, revigoraram a relevância da Arbitragem Comercial Internacional como solucionadora dos embates não cognoscíveis por uma jurisdição cogitada em abstrato.

²⁴³ Sustenta-se, assim, que: Arbitration has three advantages over litigation. First, arbitration is much faster. [...] Second, arbitration is much less expensive, since less lawyer-time is needed for discovery and motion practice. Third, arbitration is much less formal than litigation, making it easier and less time-consuming to prepare a case. Tradução Livre: “A arbitragem apresenta três vantagens em relação à demanda judicial. Primeiro, a arbitragem é mais rápida. Segundo, é menos dispendiosa, posto que há o menor consumo de tempo e esforços da atividade advocatícia com colheita de provas e instrução do feito. Terceiro, é menos formal que os litígios judiciais, tornando-a mais fácil e menos onerosa à preparação do caso e seu deslinde”. BALES, Richard. An Introduction to Arbitration. Section Alternate Dispute Resolution. *Bench & Bar*, pp. 2-3, March 2006. p. 2

²⁴⁴ BENZ, Paulo André. A mercearia da esquina, a economia globalizada e a legitimidade do poder. *Revista do Insitituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 25, pp. 141-156, abr./jul. 1999. pp. 147-148

²⁴⁵ Giza Konstantinos D. Kerameus ao elucidar os preceitos visualizados para harmonização do direito processual na contemporaneidade: “*En principe, l’unification du droit procédural, comme d’ailleurs l’unification Du droit tout court, implique l’élimination nde toutedifférence entre les systèmes sous considération dans la matière concernée, donc la création dès normes identiques qui évidemment requièrent également une application identique dans toute la région envisagée*”. Cf. L’harmonisation procédurale dans Le monde contemporain. In: Litígio judicial internacional. **DeCITA 04.2005**: direito do comércio internacional – temas e atualidades. pp. 14-25. Florianópolis - SC: Zavalia – Fundação Boiteux, 2005. p. 14

Seja por qual das balizas se erige a noção conceitual pretendida, “a verdade incontestável é que o desenvolvimento considerável que a prática da arbitragem interna e internacional conheceu nos últimos decênios sacudiu a quietude dos juristas”²⁴⁶, ademais, diz-se:

Em nossos dias não se pode, sob qualquer hipótese, desconsiderar o comércio internacional como fonte emanadora de regras de arbitragem em fase de plena consolidação, mas, por outro lado, não será completa a avaliação nesse plano, se não registrarmos o papel fundamental das legislações nacionais, quase todas versando as questões básicas da extraterritorialidade.²⁴⁷

Enfatiza José Maria Rossani Garcez²⁴⁸ que “a arbitragem comercial internacional, a sua vez, tomou um vigoroso impulso a partir da segunda metade do século XX, dando maior celeridade e eficácia aos contratos internacionais e ao comércio mundial”.

Repousa a apropriação dessas elementares no reconfortante cenário que atribui às partes a liberdade de pré-definir o mecanismo hábil a resolução dos mais distintos embates que possam surgir em uma relação contratual. Explicitando com respeitável detalhamento as searas que podem restar amparadas pela resolução arbitral, tem-se a seguinte consideração:

El panorama actual nos demuestra la frecuencia con que las partes en los contratos internacionales deciden que para el caso que surgieran controversias respecto de la celebración, validez, interpretación, o ejecución y consecuencias de su incumplimiento, las mismas serán resueltas recurriendo a la vía del arbitraje. En este área, el arbitraje internacional constituye el método de solución de las disputas por excelencia. Goza de gran prestigio respecto de los restantes mecanismos disponibles para los justiciables en virtud de sus considerables ventajas comparativas.²⁴⁹

Quadra registro, ainda, o seguinte apontamento relacionado à arbitragem comercial internacional, por desfiar um necessário ponto de contato com as nuances da arbitralidade:

²⁴⁶ STRENGER, 1998, p. 15, nota 225.

²⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 14

²⁴⁸ *Op. cit.*, p. 20, nota 05.

²⁴⁹ CÁRDENAS, Sara L. Feldstein de. *Contratos Internacionales*. Buenos Aires: LexisNexis - Abeledo-Perrot, 1995. p. 80

Na arbitragem, as partes litigantes em documento escrito comprometem-se a submeter a disputa a um árbitro, singular ou coletivo, estabelecendo o limite de sua competência, bem como as regras a serem observadas, o modo de constituição do tribunal, a sede do mesmo, o objeto de litígio e a promessa de obediência à sentença que for proferida. Historicamente, as arbitragens internacionais têm origens tão remotas quanto os acordos internacionais.²⁵⁰

A arbitragem internacional, em relação à qual resta facilitado o alcance de estatísticas mais atualizadas, comprova essa verdadeira explosão que ocorreu em nosso país, com a “destruição criadora” de conceituações antigas, entre as quais a aceita, por longo tempo, pela jurisprudência que denegava à decisão arbitral (laudo arbitral) o caráter de sentença.²⁵¹

A rapidez das inovações surgidas, as mutações comportamentais próprias do estreitamento do contato entre os países e a necessidade de operação de negociações transnacionais, em suma, as influências da globalização repercutiram nos rumos da arbitragem comercial internacional, como se depreende do excerto ora colacionado:

A arbitragem comercial internacional, a sua vez, tomou um vigoroso impulso a partir da segunda metade do século XX, dando maior celeridade e eficácia aos contratos internacionais e ao comércio mundial.

A UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*, órgão criado em 1966, pela Resolução 2205 (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas e que tem como função primordial contribuir para o progressivo desenvolvimento no campo do direito internacional privado e, assim, auxiliar na promoção e desobstrução do comércio internacional – criou, por meio de estudos em comissão por juristas de vários países, dois extraordinários monumentos de engenharia jurídica, facilitadores da ampliação e difusão da arbitragem comercial internacional: a Lei Modelo (*Model Law*) que serve como um *framework* à elaboração de legislações nacionais sobre Arbitragem e o Regulamento Modelo de Arbitragem, instrumento destinado a servir também como padrão inspirador de regulamentos criados por entidades arbitrais, além de servir, diretamente, como regulamento de arbitragens na área internacional²⁵².

Eduardo Bregler²⁵³, em interessante citação referendada pela doutrina internacional²⁵⁴, enfatiza que a Arbitragem Comercial Internacional se destaca não somente em razão das

²⁵⁰ ÁVILA, Fernando Bastos de. *Pequena Enciclopédia de doutrina social da Igreja*. São Paulo: Loyola, 1993. p. 28

²⁵¹ GARCEZ, 2007, *prefácio*, p. xviii, nota 05.

²⁵² GARCEZ, 2007, p. 20, nota 05.

²⁵³ Op. Cit, 1997, p. 60, nota 62.

²⁵⁴ FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1999, p. 1, nota 147.

disputas envolvidas, e pelo seu aspecto pragmático, mas também pelo anseio de evitar a jurisdição local do co-contratante. Sintetiza, assim, o Autor a reflexão pontuando que “no caso particular dos contratos internacionais a parte estrangeira freqüentemente receava não receber tratamento isento pelo Judiciário nacional da outra parte”, temor este que fez prosperar o instituto em escala inimaginável.

Conclui-se, então, que, na relação entre os entes privados de diferentes nacionalidades, os meios pacíficos de solução de conflitos têm sido importante instrumento do Direito Internacional Privado, dos quais sobrepuja a modalidade arbitral como o procedimento de maior eficácia, visto que a maioria das áreas de atuação do comércio internacional adotou-na como o mecanismo apto a dirimir seus litígios²⁵⁵.

1.8. Síntese Conclusiva

Tendo em mente as considerações anteriormente desenvolvidas, faculta-se o entendimento de que a Arbitragem surge como instituto histórico de natureza híbrida, porquanto conserva o *status* jurisdicional, porém desenvolve-se no seio de uma relação contratual, podendo ser o vínculo estabelecido de ordem nacional ou internacional, regulado por normativas de direito interno ou por fixações ultranacionais.

A arbitragem se presta a dirimir controvérsias transacionáveis, portanto, restam excluídos litígios que envolvam direitos indisponíveis.

O instituto arbitral pode ser entendido como uma das incógnitas que auxiliam no debelar da crise do Poder Judiciário. Como mecanismo heterocompositivo, a arbitragem se presta a dirimir conflitos que envolvam matérias de interesse público ou privado, desde previstos como arbitráveis.

²⁵⁵ GARCEZ, 2007, p. 30, nota 05.

CAPÍTULO II - A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS CONTRATOS POR ELA FIRMADOS

Por ora, analisar-se-á a definição basal de Administração Pública, tendo em mira as distinções conceituais enfeixadas pela doutrina, e sua pertinência com o tema abordado, qual seja, a faculdade de eliminação de conflitos titularizados por entidades públicas pela via arbitral.

Em continuidade, discorrer-se-á sobre as diferenciações textuais e sua relevância à compreensão do tema em estudo, atribuindo especial enfoque ao regime jurídico das entidades públicas, para, posteriormente, avançar para os debates que envolvem a resolução das controvérsias de suas contratações.

Como ponto de contato e sistematização, cumpre, ainda, promover a conceituação elementar de contratos administrativos, e proceder ao esclarecimento de como se formaliza contratos de âmbito internacional firmados pelas figuras típicas da Administração Pública.

Por fim, adentra-se no necessário distanciamento entre contratos administrativos, contratos da Administração Pública de natureza privada e de ordem internacional como forma de especificação e corte metodológico aos escopos do presente ensaio.

Não se almeja adentrar às minúcias dos institutos do direito administrativo ou do direito do comércio internacional, por não ser o propósito da análise promovida, o registro das referências dos doutrinadores de escol dos ramos jurídicos investigados, trazidas textualmente, servem à consagração de uma ponte conceitual para o necessário entendimento dos dilemas que cercam a administração de litígios de entes públicos.

2.1 *Noções conceituais da Administração Pública*

Maria Sylvia Zanela Di Pietro²⁵⁶ elucida que se entende por Administração Pública o plexo de órgãos e de pessoas jurídicas exercentes da função administrativa estatal, alcançando referida atribuição por comando legal²⁵⁷.

A conceituação de Administração Pública em sentido formal, enunciada por Hely Lopes Meirelles²⁵⁸, a materializa como um “conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo”; por sua vez, ao remontar ao sentido material, apregoa ser um “conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral”, finalmente, versando sobre o sentido operacional, aponta como sendo “o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade”.

O doutrinador prossegue em suas ponderações, intitulado que o aparelhamento do Estado deve estar preordenado à realização de seus serviços, e assim, propiciar à satisfação das necessidades coletivas.

Convém destacar, contudo, que o ordenamento pátrio permite englobar no conceito genérico “Administração Pública” a usual dúplice categorização, assim o sendo, faculta-se não somente a inclusão da Administração Direta, que congloba a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, como também abarca a Administração Indireta, isto é, as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, além das fundações

²⁵⁶ *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 68

²⁵⁷ Anota Vladimir da Rocha França que “a grande tradição do direito administrativo em tratar a função administrativa como uma atividade adstrita à juridicidade, como o campo de atuação instrumental do administrador, tem sido enfrentada pelo caráter volátil da época em que vivemos. A estrita vinculação dos meios postos à disposição do administrador para a concretização normativa do texto constitucional foi em muitos pontos quebrada pela ansiedade das forças econômicas do capital e do trabalho por soluções rápidas e eficazes para as tensões socioeconômicas decorrentes da globalização”. Cf. Fundamentos da discricionariedade administrativa. In: *Revista dos Tribunais*, Fasc. Civ., a. 88, v. 768, pp. 60-75, out. 1999. p. 60

²⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed., atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 60-61

instituídas ou mantidas com recursos públicos e outras pessoas de direito privado sob controle ou regência estatal²⁵⁹:

A Administração Pública é composta por órgãos e entidades responsáveis pela execução da atividade administrativa do Estado. Engloba a Administração direta e a indireta. A Administração direta é constituída por órgãos públicos despersonalizados e que desenvolvem atividades próprias do Estado, prestando, diretamente ou por meio de colaboradores (contratados, concessionários, permissionários etc.), serviços públicos à sociedade. A Administração indireta é composta por entidades detentoras de personalidade jurídica própria, podendo ser de direito público (autarquias e agências reguladoras) ou de direito privado (empresas públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista), criadas ou autorizadas por lei para, as de direito público, executarem atividades próprias do Estado com maior liberdade e agilidade; e as de direito privado, atuarem na economia ou em atividade que a presença do Estado não seja obrigatória.²⁶⁰

Baseado nesta noção, enfatizando as feições usualmente fixadas pela doutrina, Fernando Andrade de Oliveira²⁶¹ relembra que a disposição da Administração Pública, concebida em estruturas organizacionais não inviabiliza repensá-la sob lentes que se preocupam com o aspecto subjetivo de sua formação, ou seja, atentando-se para as pessoas jurídicas que a compõem, estas rotuladas como entidades públicas, ou ainda, para os agentes públicos no exercício de suas funções, e mesmo para os órgãos públicos e sua vinculação com as entidades.

Com fulcro art. 40 do Código Civil²⁶², firma-se a visão ampliativa rotulada pela doutrina para respaldar a asserção de que são pessoas jurídicas de direito público interno a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e as demais entidades públicas criadas por lei.

²⁵⁹ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Direito Administrativo: Origens, perspectivas e outros temas*. Curitiba: Juruá, 2006. pp. 20-22

²⁶⁰ MORAES, Isaias Fonseca. *Manual de Direito Administrativo: Teoria e Prática - Incluindo Questões de Concursos - Prefácio do Ministro José Augusto Delgado – Edição Revisada, Reestruturada e Atualizada de Acordo com a Lei 12.232/2010*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 112

²⁶¹ OLIVEIRA, 2006, p. 19, nota 259.

²⁶² BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 out. 2010

Fixa, ainda, Maria Silvy Di Pietro²⁶³ que se evidencia a identificação material ou objetiva da Administração Pública, a retratar o desempenho da função administrativa, expressa, respectivamente pelo poder de polícia administrativa, pela prestação de serviços públicos, pelo fomento²⁶⁴, e nesse diapasão, há quem agregue à contextualização empreendida a intervenção no domínio econômico, como pilar independente da função administrativa, e outros a caracterizam como espécie do gênero fomento.

É possível condensar as reflexões anteriormente salientadas na passagem adiante copiada, que orienta as vertentes de compreensão doutrinária da Administração Pública, ou seja:

Administração Pública em sentido orgânico ou subjetivo, ainda estática, isto é, apenas quanto à sua composição ou anatomia. São então conhecidos os órgãos das pessoas políticas que exercem, precipuamente, as atividades administrativas do Estado (Administração direta) e as pessoas jurídicas criadas para a execução descentralizada dessas atividades: as autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas (Administração indireta). Mais adiante, tratou-se da Administração sob o aspecto objetivo, exercendo suas atividades em matéria de fomento, polícia administrativa e serviços públicos; são modalidades da ação administrativa estatal exclusivas do Poder Executivo que se manifestam concretamente, incentivando ou limitando as iniciativas privadas, ou suprindo as suas deficiências, sempre em proveito dos indivíduos, considerados singular ou coletivamente. Grande parte de tal ação é desenvolvida com o emprego de recursos materiais e humanos do próprio Estado, por meio de atividades instrumentais, abrangendo: a) as de natureza financeira, de arrecadação das receitas e realização das despesas previstas nos orçamentos públicos; b) a administração do pessoal e do patrimônio dos entes que compõem a Administração.²⁶⁵⁻²⁶⁶

Importa, pois, promover, em brevíssimas linhas, a usual distinção da Administração Pública Direta e Indireta.

Comumente, a doutrina tem sustentado que a Administração direta é formado por entes políticos previsto no Art. 18 da Carta Magna, sendo estes constituídos por órgãos públicos

²⁶³ DI PIETRO, 2010, pp. 49-52, nota 256.

²⁶⁴ OLIVEIRA, 2006, pp. 27-38, nota 259.

²⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 39, nota 259.

²⁶⁶ Em consonância com a orientação gravada, registra-se: “Sob o enfoque subjetivo, orgânico ou formal, Administração Pública é a estrutura de órgãos que a integram e entidades autônomas, revestidas de personalidade jurídica própria e independente do sistema orgânico. Quando empregada neste sentido, a expressão é grafada com inicial maiúscula: Administração. Na acepção objetiva, funcional ou material, a expressão administração pública designa a própria atividade administrativa”. Cf. BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev. e atualizada. Curitiba: Juruá, 2006. p. 39

despersonalizados, que desenvolvem atividades próprias do Estado, prestando, diretamente, ou por meio de colaboradores (contratados, concessionários, permissionários etc.), serviços públicos à sociedade.²⁶⁷

Diz-se que a Administração Pública, desenvolvedora das funções administrativas de que se incumbem o Poder Executivo, consagra as atividades que distribuem o bem comum à coletividade.

Nesse giro, a doutrina aponta que a separação de funções surge como um divisor de águas, propiciando o alcance do atual estágio de desenvolvimento do Estado e sua forma de administração²⁶⁸.

Não se duvida que “o Estado seja um ente uno e indivisível, a administração pública é exercida por órgãos distintos, separados, inicialmente, pela forma federativa de Estado e, posteriormente, pelos Poderes ou funções de cada ente – União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.²⁶⁹

Contudo, para consecução da atividade-fim do Estado, e para o alcance da finalidade pública, o texto constitucional autoriza que os entes políticos criem ou autorizem a criação de entidades públicas dotadas de autonomia financeira e administração, ao que se chama Administração Indireta.

Consagra-se, então, a título de composição, que a Administração indireta se consolida pelo somatório de entidades detentoras de personalidade jurídica própria, podendo ser de direito público (autarquias e agências reguladoras) ou de direito privado (empresas públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista).²⁷⁰

²⁶⁷ MORAES, 2010, p. 112, nota 260.

²⁶⁸ *Idem, ibidem, loc. cit.*

²⁶⁹ *Id., ibid., loc. cit.*

²⁷⁰ CARVALHO FILHO, 2008, p. 439, nota 14.

A diferenciação quanto à criação ou a autorização por lei viabiliza que as entidades de direito público executem atividades próprias do Estado com maior liberdade e agilidade; e as de direito privado, atuem na economia ou em atividade que a presença do Estado não seja obrigatória.²⁷¹

O Direito Administrativo brasileiro, espelhado em uma sucessão histórica de fases e de estilos, observa “momentos sucessivos de descentralização, caracterizados pela criação de entes personalizados da Administração indireta, dotados, ao menos na letra da lei, de autonomia relativa: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas”.²⁷²

Cretela Junior²⁷³ promove uma salutar distinção de esclarecimento acerca do tema, que propicia uma percepção global das diversificadas intitulações atribuídas à Administração Pública:

Assim, distinguimos a administração (a minúsculo), entidade ‘gestora de serviços privados’, e a Administração (A maiúsculo), entidade ‘gestora de serviços públicos’. Desse modo, a empresa pública rotulada, formalmente, pelo texto legal, como Administração indireta, não o é quando materialmente desempenha serviços comerciais e industriais.

Dessa caracterização distintiva, e da possibilidade da Administração Pública desempenhar serviços comerciais e industriais, aflora o problema do regime jurídico das entidades públicas.

Em regra, como salientado anteriormente, os entes públicos são afirmados como pessoas jurídicas dotadas de personalidade própria, que se submetem ao regime jurídico administrativo, e propiciando a ostentação de “privilégios” incogitáveis ao particular.

²⁷¹ MORAES, 2010, p. 112, nota 260.

²⁷² TÁCITO, Caio. As transformações do Direito Administrativo. In: *Boletim de Direito Administrativo*, fev. 1999, p. 85.

²⁷³ *Administração Indireta Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 98

Todavia, em se tratando de entidades que desempenham atividade econômica, com indisfarçável finalidade lucrativa, concorrendo em condições de igualdade com a iniciativa privada, não se vislumbra a motivação para se defender a integral especialidade do regime aplicável àquelas.

Inequivocamente, no que tange à regulação das empresas estatais “o regime não pode ser totalmente privado, porque no mínimo, as relações dessas empresas com o Estado são de natureza administrativa”²⁷⁴.

Conforme orienta José Afonso da Silva²⁷⁵, “o núcleo do dispositivo em análise consiste no estabelecimento do estatuto jurídico daquelas empresas estatais”.

A teor do § 1º do Art. 173 CF, alterado pela Emenda Constitucional 19/1998, o estabelecimento do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, seja no desempenho de exploração de atividade econômica de produção e de comercialização de bens, seja na prestação de serviços, foi atribuída constitucionalmente à lei ordinária, suprimindo, pois, a aplicabilidade imediata conferida pela redação primitiva²⁷⁶, e nessa toada, conclui-se que:

É cabível a afirmação, portanto, de que a Administração Pública, em sentido amplo, não é inteiramente absorvida pelo Poder Executivo, pois se encontra difundida por todo o organismo estatal. Daí o disposto no art. 37, caput, da Constituição: A Administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade...²⁷⁷

Acrescenta, ainda, José Afonso da Silva²⁷⁸ que o destaque da nova redação repousa na concessão de “tratamento igualitário em relação às empresas privadas”²⁷⁹, bem assim

²⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 719

²⁷⁵ *Idem, ibidem, loc. cit.*

²⁷⁶ *Id., ibid., loc. cit.*

²⁷⁷ OLIVEIRA, 2006, p. 40, nota 260.

²⁷⁸ SILVA, 2009, p. 719, nota 274.

²⁷⁹ *Id., ib., loc. cit.*

como a “ampliação do conteúdo privatístico desse regime”, curiosamente, a função de fixar esse regime privado, conquanto, em verdade, se conflagre como instituto de direito administrativo, não propiciou a mitigação da percepção exclusivista das exigências de natureza administrativa.

Firme nessas percepções de zonas de incidência absolutamente diversificadas, entre entes genericamente derivados de uma mesma origem, que se materializará a possibilidade de celebração de contratos que incluam cláusulas arbitrais.

Desta compartimentalização surgem as fundadas dúvidas acerca de quais das pessoas jurídicas estatais podem abdicar da atuação jurisdicional estatal para dirimir controvérsias em torno de direitos transacionáveis.

2.2. *Contratos com o Estado*²⁸⁰⁻²⁸¹

Cediço que o “o contrato é essencial para a composição de interesses e tornou possível a harmonia na vida social”²⁸².

²⁸⁰ MANN, F. A. *State Contracts and International Arbitration*. In: *Studies of International Law*, Nova Iorque, [1967?]. p. 256. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/byrint42&div=4&id=&page=>>>. Acesso em 12 jan. 2011.

²⁸¹ A questão dos “Contratos de Estado” foi retomada em recentíssimo trabalho dissertativo como um problema a ser enfrentado com urgência, vez que desde a segunda metade do século XX subsistem indagações sobre a forma de dirimir conflitos dessa ordem, bem como ainda não se pacificou as vantagens de utilização da arbitragem para resolução dos litígios: “*The application of international law to state contracts with foreign private companies was the cause of continuing controversy throughout much of the 20th century. State contractual undertakings with foreign investors raise a number of legal issues that do not fit well into the traditional pattern of international law as a law between states, but which also cannot be satisfactorily resolved by the exclusive application of the municipal law of the contracting state. In recent years the controversy has gained new prominence as a result of the advent of a new form of international dispute settlement, namely the mechanism of investment treaty arbitration. The main feature of this model of dispute resolution is that foreign investors are entitled to bring claims against states directly before international arbitral tribunals. This model, which emerged strongly in the late 1990s, has generated a rapidly expanding body of arbitral case law and in the process become one of the most significant new developments in modern international law. Many of the disputes subject to investment treaty arbitration have their origin in contractual commitments made by states toward foreign investors. At the same time international commercial arbitration continues to be the preferred means of dispute resolution in contracts between foreign investors and states or state entities*”. ALVIK, Ivar. Contracting with sovereignty: state contracts and international arbitration. In: *Studies in international law*; v. 31. Oxford; Portland, Or.: Hart Publishing, 2011. Disponível em: <<http://otago.lconz.ac.nz/vwebv/holdingsInfo?bibId=1968373>>. Acesso em: 08 fev. 2011.

²⁸² LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de direito civil*. São Paulo: Método, 2007. p. 334

De sorte a elucidar potencias zonas cinzentas que demandam esclarecimentos, tem se sustentado que:

O contrato, em seu sentido amplo, designa todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. Nessa perspectiva, o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue na formação, por exigir a presença de pelo menos duas partes. Em sentido estrito, é o acordo de vontades que produz efeitos obrigacionais na esfera patrimonial. [...]

Atualmente prevalece o entendimento de que o contrato possui um conceito mais amplo do que aquele defendido pela doutrina clássica francesa, segundo o qual contrato era o acordo que criava obrigações. O conceito atual é tão amplo como a própria idéia do acordo entre duas ou mais pessoas, mas tem por limite a natureza jurídica e patrimonial do objeto, não abrangendo, portanto, os acordos que versem sobre objetos não jurídicos ou sobre objetos que não sejam de cunho patrimonial.[...] ²⁸³

Maria Helena Diniz²⁸⁴ pontua que para formalização do negócio jurídico, “as partes deverão anuir, expressa ou tacitamente, para a formação de uma relação jurídica sobre determinado objeto, sem que se apresentem quaisquer vícios de consentimento”.

Sob o prisma dessa indispensável conjunção de interesses, o contrato se amolda como relevante categoria dos negócios jurídicos, a saber:

O contrato é uma das categorias mais importantes dos negócios jurídicos e consiste em dois elementos fundamentais: um consenso (convenção ou acordo), de um lado, e os efeitos de direito, por ele produzidos do outro lado. [...]

Esses efeitos [...] são de ordem jurídica, isto é, são suscetíveis de serem executados pelo Poder Judiciário, produzindo consequências judiciais em caso de inexecução (perdas e danos, por exemplo). ²⁸⁵

Comumente, maior ênfase tem sido conferida à asserção de que “hoje, o contrato não se restringe aos acordos de vontade previstos na lei, porém constitui uma categoria geral indispensável e insubstituível do negócio jurídico de relevância inegável para as relações sociais”²⁸⁶.

²⁸³ LOUREIRO, 2007, pp. 334-335, nota 282.

²⁸⁴ *Código Civil Anotado*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 149

²⁸⁵ LOUREIRO, 2007, pp. 335-336, nota 282.

²⁸⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, v. 3: contratos. 4. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. p.

Antes de se arrastar a análise do problema para uma questão topográfica, convém que se relembre as ocorrências fáticas que propiciam a categorização dos contratos firmados pelo Estado e pelas pessoas jurídicas submetidas ao regime jurídico de direito público.

Ilacões sobre os contratos da Administração Pública facultam a comum divisão em duas vertentes básicas: “os públicos ou administrativos e os privados, regidos pelas normas civis. Os primeiros recebem tal denominação por neles estarem presentes todas as características inerentes aos contratos administrativos, como se verá em seguida. Por outro lado, os contratos civis da Administração Pública são aqueles em que há o predomínio do regime jurídico privado.”²⁸⁷

A até então tradicional denominação dos contratos celebrados com o Estado teve de acompanhar as reformulações exigidas pelos “polígonos de mobilidade”²⁸⁸, que se verificam no fluido trânsito da informação e da produção, das operações financeiras, e das vivências sociais, estas caracterizadas pelo polifacetismo proveniente da diversificação sociais.

A efervescência derivada das mutações em registro não propiciou o surgimento de novos poderes administrativos²⁸⁹, mas a força criativa dessas inovações conduziu a necessárias adequações na definição do instituto contratual administrativo.

O ajuste conceitual, em termos de contratos firmados pelos entes públicos, extrapolou até mesmo a forma corrente de caracterização terminológica de contrato, assim percebida:

²⁸⁷ GUERRA, Evandro Martins; BARBOSA, Luiz Felipe Mucci. Parcerias Público-Privadas – análise do contrato de concessão patrocinada da Rodovia MG-050. . In: *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF*. Curitiba, a. X, n. 204, pp. 584-597, fev. 2011. p. 585

²⁸⁷ Op. Cit., pp. 440-441, nota 230.

²⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 37-38.

²⁸⁹ Anota-se que “portanto, em nosso Direito, não é possível, em sede contratual, atribuir originariamente poderes à Administração. O contrato não funciona como fonte, originária ou suplementar, de competência regulamentar, mas tão-somente como forma de aplicação dos imperativos estatuídos no ordenamento legal exigíveis à situação regulada, desde um prisma de conformação. Com efeito, não há qualquer discricionariedade na tarefa criativa de concepção de poderes do Poder Público sobre o co-contratante”. Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos nas concessões de serviços públicos. In: *Revista dos Tribunais*, Fasc. Civ., a. 89, v. 781, pp. 11-27, dez. 1999. p. 15

O termo contrato pode ser conceituado como um ato jurídico, estabelecido pelo acordo de vontades de caráter tipicamente patrimonial. O contrato é o instrumento que faz mover o comércio, onde duas ou mais pessoas jurídicas ou físicas se unem em nome de um determinado fim econômico, constituindo obrigações, transferindo propriedades, constituindo demais direitos reais ou de serviços.²⁹⁰

Ao se aventar uma definição generalizante de “contratos de Estado”²⁹¹, ressurge a dificuldade conceitual derivada das flutuações doutrinárias, e os empecilhos ao esclarecimento definitivo de sua natureza jurídica.

Ante tais inquietações, esta sede desdobra os chamados contratos com Estado, apelidados pela abalizada doutrina de contratos públicos, nas seguintes espécies: contratos administrativos, contratos privados da Administração Pública e contratos internacionais firmados por entes públicos, incumbindo, pois, proceder, nesta ordem, à caracterização de cada uma das espécies narradas.

2.2.1 *Contratos Administrativos*

Assim como a maioria das tentativas de harmonização conceitual pretendida, no que atenta à definição de contratos administrativos, a dificuldade de alcance de uma definição equalizadora se faz presente.

José dos Santos Carvalho Filho²⁹² caracteriza os contratos administrativos como espécie do gênero contratos da Administração. Consagra-os, ainda, como contratos típicos da Administração, sofrendo a incidência de normas especiais de direito público.

²⁹⁰ LACERDA, Heloísa. Contratos internacionais e as cláusulas de revisão: *rebu sic stantibus*, teoria da imprevisão, cláusula de *hardship* e a contrariedade com o princípio *pacta sunt servanda*. In: **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v.2, n.2, pp. 247-271, jul./dez. 2005. p. 249

²⁹¹ Em relevante explanação sobre o termo “contratos de Estado”, Ana Perestrelo aclara em nota de rodapé que a expressão no vernáculo deriva da tradução *State Contract*, termo cuja paternidade se atribui à F. A. Mann. Vide: OLIVEIRA, 2007, p.19, nota de rodapé 48 da obra, nota 164 desta.

²⁹² CARVALHO FILHO, 2008, p. 168, nota 14.

Elucida, ainda, o Autor que de forma simples “pode-se conceituar o contrato administrativo como o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.”²⁹³

Afirma-se, pois, que “sob a singela escusa das prerrogativas atribuídas à Administração Pública, os acordos de vontade celebrados pela Administração Pública para a criação de obrigações são contratos que, em razão do poder ou das prerrogativas conferidas a ela, se distinguem dos demais, recebendo, exatamente por isso, a adjetivação de administrativos”²⁹⁴.

Peculiar distinção é consagrada por doutrinadores que costumam distinguir os contratos administrativos em *contratos de colaboração* e *contratos de atribuição*. Nas palavras de Eurico de Andrade Azevedo²⁹⁵, “estes últimos destinam-se a conferir certas vantagens ao particular, como no caso da concessão de uso de um bem público; já os primeiros são firmados no interesse específico da Administração para facilitar o cumprimento dos fins do Estado”.

Após a promoção desse usual encarte doutrinário, apregoa o Autor que “o setor privado é chamado a ‘colaborar’ com o Poder Público, executando uma ‘prestação’ que tem por objetivo a satisfação das necessidades de interesse geral. Este aspecto assume maior

²⁹³ CARVALHO FILHO, 2008, p. 167, nota 14; Aponta-se, ainda, em idêntico sentido: “Embora se trate de negócio jurídico bilateral de conteúdo patrimonial, o contrato da Administração Pública (ou contrato administrativo) tem características que o diferenciam dos instrumentos obrigacionais em geral, pois se rege também por preceitos de direito público e assegura à Administração Pública certas prerrogativas exorbitantes do direito comum. Nele, o Estado se coloca em posição de supremacia relativamente ao particular, não se lhe aplicando estritamente certos postulados do direito contratual, como a regra *exceptio non adimpleti contractus*, nem se admitindo a cláusula resolutória expressa - exceções estas contrabalançadas pelo dever de indenizar eventuais perdas sofridas pelo particular em decorrência do exercício de tais prerrogativas”. Cf. GREBLER, Eduardo. A Solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 1, n. 2, p. 60-72, maio/ago. 2004. p. 61

²⁹⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008. p. 401

²⁹⁵ A Administração Pública, os contratos e as obrigações de pagamento. In: *Revista dos Tribunais*, Fasc. Cív., a. 86, v. 739, pp. 43-52, mai. 1997. p. 43

relevo em nossos dias, porque o Estado moderno está empenhado em transferir à iniciativa privada tarefas a que antes fora obrigado a assumir, ao longo dos anos”²⁹⁶.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁹⁷ destaca a formulação de três correntes doutrinárias que buscam tipificar os contratos administrativos: a primeira que refuta a condição de efetiva natureza jurídica contratual dos contratos administrativos, vez que este não observa os princípios da igualdade entre as partes, da autonomia da vontade e da força obrigatória das convenções; a segunda que, diversamente da primeira, concebe que todos os contratos celebrados com a Administração devem ser percebidos como contratos administrativos, vez que presente o regime jurídico, por sua vez, em solo pátrio prospera majoritariamente o entendimento de que os contratos administrativos são espécie do gênero contrato, com regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do Direito comum, sem prejuízo, contudo, que subsistam contratos em que a Administração figure, e que ostente um cunho privatístico.

Vale citar a definição de José Cretella Júnior²⁹⁸ para contrato administrativo, enfeixando-o como “acordo de vontades, de que participa o Estado, submetido a regime jurídico de Direito Público, informado por princípios publicísticos e contendo cláusulas ‘exorbitantes’ e ‘derrogatórias’ do direito comum”.

Os contratos administrativos, portanto, são dotados de certas peculiaridades, por previsão legal, predispondo quem deve figurar nos pólos para que se viabilize a sua caracterização e como se conflagra a materialização e regulamentação do instituto:

A Lei de Licitações considera como contrato todo e qualquer ajuste celebrado entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, por meio do qual se estabelece acordo de vontades, para formação de vínculo e estipulação de obrigações recíprocas.

Os contratos administrativos regulam-se por suas cláusulas, pelas normas da Lei de Licitações e pelos preceitos de direito público. Na falta desses dispositivos,

²⁹⁶ *Idem, ibidem*, pp. 43-44.

²⁹⁷ *Ob. Cit.*, p. 258-261, nota 256.

²⁹⁸ *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 331

são regidos por princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.²⁹⁹

Ainda sob a temática em observância, preleciona Hely Lopes Meirelles³⁰⁰ as feições que devem se fazer presentes para modalizar um contrato administrativo:

Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração. Nessa conceituação se enquadram os ajustes da Administração direta e da indireta, porque ambas podem firmar contratos com peculiaridades administrativas que os sujeitem aos preceitos do direito público.

No intuito de perseguir mais do que o conceito, e sim a tipificação dos contratos administrativos, Sidney Bittencourt³⁰¹ relembra que “o que o tipifica, diferenciando-o do contrato privado, é a participação da Administração no ajuste com supremacia de poder, estando caracterizado o ‘privilégio administrativo na relação contratual’, surgindo daí as cláusulas exorbitantes, principalmente a que faculta a rescisão unilateral do contrato”. Todavia, Ênio Ferrari Nogueira³⁰² discorda da acepção que designa uma condição privilegiada à Administração Pública:

Se em outros tempos a atuação do Estado em igualdade de condições com o particular era inconcebível, à luz da interpretação dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, tal não ocorre nos dias atuais, em que a existência de prerrogativas especiais do Estado em face do particular somente se faz legítima nos casos em que há justa razão para tanto. Por esse motivo é que as ditas *cláusulas exorbitantes conferem prerrogativas e não privilégios do Estado*.

Não exorbita trazer a lume a definição de Administração Pública de Caio Tácito³⁰³, e a caracterização de sua capacidade contratual, eventos deflagradores das distinções de contratação das entidades públicas:

²⁹⁹BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos*: orientações básicas/ Tribunal de Contas da União. 3. ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. p. 246

³⁰⁰ MEIRELLES, 2010, pp. 188-189, nota 257.

³⁰¹ *Questões polêmicas sobre licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias editora, 1999. p. 113

³⁰² *A arbitragem e sua utilização na Administração Pública*. In: *Revista Virtual da Advocacia Geral da União*. a. IX, n. 91, agosto de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=90300&id_site=1115&ordenacao=1>. Acesso em: 27 nov. 2010

³⁰³ Contratos Administrativos. In: *Boletim de Licitações e contratos*. pp. 1-4. jan. 1989. p. 1

A Administração Pública poderá pactuar contratos que se regulem pelas normas comuns de direito privado, tendo-se apenas de considerar a *capacidade do contrato* em função das correspondentes normas administrativas, tal como ocorrerá, em geral, com as pessoas jurídicas.

Na maioria dos casos, no entanto, o negócio jurídico de que participa a Administração Pública se regula por um regime jurídico especial, que se sobrepõe ao direito comum: o contrato de direito privado se transfigura no *contrato administrativo*.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁰⁴ destaca que o essencial para a caracterização do contrato administrativo é a utilidade pública que resulta diretamente do contrato.

Para Joel de Menezes Niebuhr³⁰⁵ o ponto nodal à caracterização do contrato como administrativo é a marcante presença das chamadas cláusulas de privilégio:

E isso porque a simples presença da administração Pública num dos pólos da relação contratual atrai a incidência dos princípios administrativos. Onde quer que se intrometa a Administração Pública, junto dela estão os princípios administrativos, que são o bastante para moldar as relações jurídicas por ela constituídas. Mesmo que a Administração Pública não utilize todas as prerrogativas que lhe são oferecidas, os princípios vinculam o mínimo delas, que se prendem em seu corpo, embora, em muitos casos, permaneçam em estado de potência. Ou seja, o fato de a Administração Pública não se valer das prerrogativas especiais que lhe são dadas não significa que elas lhe tenham sido retiradas. Sempre que o interesse público é ameaçado, vem a lume o poder da Administração Públicas, que disporá dos instrumentos necessários para adequar os termos contratuais às pautas maiores da coletividade.

Em complementação às posições destacadas, por sua vez, Jessé Pereira Júnior³⁰⁶ enuncia:

No contrato administrativo, o fato do regime ser de direito público exclui qualquer outro, apenas em caráter supletivo (omisso o direito administrativo positivo) será possível recorrer-se, na interpretação e na execução de suas cláusulas, ao direito privado; terão de ser examinadas à luz dos princípios gerais que, em sede constitucional, tutelam toda a atividade da Administração Pública (entre outros, os do art. 37, caput, da CF/88).

³⁰⁴ *Ob. Cit.*, p. 258, nota 151.

³⁰⁵ NIEBUHR, 2008, p. 401, nota 217.

³⁰⁶ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 617

O prisma de conformação do contrato administrativo, sob o ângulo do contratado, se resume ao intento de fornecer ou prestar o serviço para a Administração Pública, percepção que reforça alguns dos atributos epigrafados:

O contrato administrativo possui natureza de contrato de adesão e, como tal, distancia-se ainda mais do princípio da autonomia da vontade. Embora ninguém seja obrigado a contratar com entidade pública, aquele que participar do certame licitatório, jamais, em tese, poderá discutir as cláusulas do futuro contrato, pois sua minuta é parte integrante do instrumento convocatório, que, por sinal, o futuro contratado não participou na sua elaboração.³⁰⁷

Rememora Eliane Martins e Fernando Passos³⁰⁸, que a ausência de uniformidade nas conceituações não invalida que certas convicções tendem à universalização, ademais, cediço que se opera uma mobilização para internacionalização da teoria e da prática contratual em âmbito administrativo.

É incontroverso que o Direito Administrativo se encontra envolto numa profunda transformação, circunstância esta que atinge os alicerces fundamentais daquele ramo do Direito, incluindo alguns dos seus conceitos básicos³⁰⁹:

Diante a crise de paradigmas, a reconstrução do direito administrativo se operou em duas frentes. A primeira reconhece que esse ramo deve operacionalizar a noção de que o Estado é um mero instrumental para consecução de políticas públicas que efetivem os direitos fundamentais. A segunda incorpora a subjetividade, de modo que a deliberação pública possa influenciar em maior ou menor medida na tomada de decisão da Administração Pública.³¹⁰

³⁰⁷ MORAES, Isaias Fonseca. *Manual de Direito Administrativo: Teoria e Prática - Incluindo Questões de Concursos - Prefácio do Ministro José Augusto Delgado – Edição Revisada, Reestruturada e Atualizada de Acordo com a Lei 12.232/2010*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 389

³⁰⁸ MARTINS, Eliane Maria Octaviano; PASSOS, Fernando. Contratos com o Estado: princípio da moralidade administrativa internacional / Eliane Maria Octaviano Martins. In: *Revista de direito constitucional e internacional*, v. 10, n. 39, p. 9-39, abr./jun. 2002. p. 9

³⁰⁹ CONGRESSO Luso-Hispano de profesores de derecho administrativo (Barcelona, 2002). *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*. Madrid: Instituto de Administración Pública, 2004. p. 9

³¹⁰ FERREIRA, Siddharta Legale. 20 anos de Constituição e a reconstrução unitária do Direito Público. In: *Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense*. n. 2, pp. 3-25, mai. 2008. p. 14

Carlos Pinto Coelho Motta³¹¹ registra que “o contrato administrativo deve ser contextualizado nos novos conceitos do direito administrativo contemporâneo, que enfatizam a flexibilidade (*suplesse* no direito francês) e adaptabilidade em face da incerteza”. Sob este prisma, importa enfatizar:

Algumas das instituições mais tradicionais do Direito Administrativo passam a ser reformuladas, em processo de constante integração e uniformização com o regime que têm no Direito Privado. É o caso do contrato administrativo, cada vez mais aproximado aos contratos privados em alguns de seus aspectos. O dogma da existência de uma espécie de avença própria e exclusiva da Administração Pública passa a ser atenuado, entendendo-se mais e mais ser possível a adoção de instrumentos privados, tais como a negociação durante o processo de formação da avença (conforme permitido pela legislação da licitação na modalidade de pregão, por exemplo), a arbitragem como mecanismo lícito de solução de disputas etc.³¹²

Os contratos administrativos, nesse giro, devem estar coadunados com a fluidez das relações desenvolvidas na ambiência dinâmica da globalização:

As demandas decorrentes do interesse público não são estáveis; elas, ao contrário, são alteradas a toda hora, à medida que os fatos e as interações socioeconômicas evoluem. No estágio atual do capitalismo, as demandas e as ofertas de mercado mudam diuturnamente em razão da acentuada globalização caracterizada por avanços tecnológicos e operações em cadeia de produção. Nesse mesmo passo, as relações sociais ganham complexidade e, também, efemeridade, pelo que a Administração precisa dispor de instrumentos para se adaptar às novas realidades que se apresentam. E o fato é que tudo isso repercute nos contratos administrativos³¹³.

Aponta, ainda, Coelho Motta³¹⁴ que o contrato administrativo deve ser visualizado não mais “como uma relação de antagonismo, mas de colaboração e acordo negociado e construtivo”, donde o contratado assume a figura de colaborador e correspondente de uma demanda editalícia com oferta definida.

³¹¹ *Eficácia nas licitações e contratos*: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parcerias público-privadas. 10. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 440

³¹² SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=64611>>. Acesso em: 5 jul. 2010.

³¹³ NIEBUHR, Joel de Menezes. Antecipação dos efeitos da alteração contratual. In: *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF*. Curitiba, a. X, n. 204, fev. 2011. pp. 109-110

³¹⁴ Op. Cit., pp. 440-441, nota 230.

No sentir das revisitações de antigas certezas, merece registro a diferenciação entre contratos administrativos e os contratos privados da Administração:

Com efeito, quando a Administração Pública figura em um dos pólos de uma relação contratual, não necessariamente está-se diante de um contrato administrativo. Conquanto mereça presença da Administração como parte caracterize o contrato da Administração, a característica definidora entre ambos os institutos está na existência das chamadas *cláusulas exorbitantes*, que outorgam poderes e prerrogativas de Direito Público, inadmissíveis em um contrato exclusivamente regido pelo Direito Privado. Nestes, o regime jurídico é, por isso e em regra, de Direito Público, aplicando-se supletivamente os princípios da Teoria Geral dos Contratos e as disposições do Direito Privado, tal qual hoje disciplina, na ordem jurídica brasileira, o art. 54, da Lei nº 8.666/93. Mas, distintamente, é sempre possível que em certos contratos a Administração Pública ostente posição jurídica de igualdade em relação à contraparte privada, despida das prerrogativas inerentes aos referidos contratos administrativos, daí serem assim chamados de *contratos privados da Administração*³¹⁵.

A seguir, discorrer-se-á, sinteticamente, sobre os denominados *contratos privados da Administração*.

2.2.2 *Contratos privados da Administração*

Concomitantemente à realização dos ajustes denominados de contratos administrativos, a Administração Pública, seja direta, seja indireta, “pode realizar ajustes com os particulares, cuja natureza os submete mais acentuadamente ao direito privado, como por exemplo os contratos de seguro, locação, compra e venda de imóveis etc”³¹⁶.

³¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcus Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. In: *Revista de direito administrativo*, n. 236, pp. 215-261, abr./jun. 2004. pp. 215-216

³¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. atual. por José Emanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 250-251

Para parte da doutrina, a necessidade de realização de licitação prévia, de empenho de verbas públicas e outros procedimentos regulados pelo direito administrativo, não desnatura a característica privada daqueles ajustes³¹⁷.

Esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro³¹⁸ que são contratos de direito privado aqueles cujo objeto apenas indiretamente atendem ao interesse geral.

A hipótese de envolvimento de normas de ordem privada nas relações públicas é uma evidência da evolução do direito e da interpenetração dos ramos jurídicos há tanto reivindicada, propiciando “nova compreensão e entendimento a outros diplomas legais preexistentes, voltados para o regramento da administração pública – e, nesta trajetória, descortina instigantes perspectivas doutrinárias, e talvez novos campos de reflexão”³¹⁹:

[O] Estado já não pode mais almejar regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle e direção. Por outro lado, é obrigado a compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional. Ao promulgar suas leis, portanto, os Estados nacionais são obrigados a levar em conta o contexto internacional para saber o que podem regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas. A consequência desse processo acaba sendo paradoxal: ao mesmo tempo em que se observa um movimento de internacionalização dos direitos nacionais, também se constata a expansão de normas privadas no plano infranacional, na medida em que cada organização empresarial e sindical transnacional tende a criar as regras de que necessita e a jurisdicizar as áreas que mais lhe interessam, segundo suas conveniências. Deste modo, o direito positivo convencional tem sua estrutura lógico-formal quase inteiramente erodida, remete cada vez mais seu conteúdo normativo a cláusulas gerais e processos ulteriores de concretização, perde a capacidade de operar por meio de categorias normativas válidas erga omnes, vê destruída a tradicional *summa divisio* entre direito público e privado, sofre a fragmentação deste último numa multiplicidade de ramos jurídicos especiais (o que liquida com a unidade conceitual de toda uma cultura legal privatística)³²⁰.

³¹⁷ MEIRELLES, 2010, p. 251, nota 316.

³¹⁸ *Ob. Cit.*, p. 258, nota 256.

³¹⁹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Aplicação do código civil às licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 03

³²⁰ FARIA, 1997, p. 17, nota 211.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³²¹ qualifica como diferenciação precípua entre as espécies narradas as formas de relacionamento entre os contraentes, enquanto nas relações privadas subsiste uma horizontalidade no trato entre os envolvidos, ou seja, prospera uma posição de igualdade entre a Administração Pública e o particular contratado, enquanto nos contratos administrativos prevalece a verticalidade entre o Poder Público e o particular, isto é, a Administração se vale da condição de supremacia para incluir as chamadas cláusulas exorbitantes em benefício do interesse público, “assim, em grande parte dos casos, nos negócios de que participa a Administração Pública haverá um regime jurídico especial, que se sobrepõe ao direito³²²”.

Dada posição foi inadmitida nas versões mais recentes da obra de Hely Lopes Meirelles³²³, por entender que quando a Administração, pelo menos a centralizada e autárquica, formaliza contratações, “até mesmo os contratos privados são sensivelmente afetados pelo direito público”.

A opinião ora destacada é repetida de forma enfática na seguinte passagem:

[...] a simples presença da Administração Pública num dos pólos da relação contratual atrai para ela a incidência dos princípios de Direito Administrativo e, por via de conseqüência, qualquer contrato firmado por ela é qualificação como administrativo. Demais disso, muito embora se reconheçam contratos administrativos em que a Administração Pública não se valha de todas as prerrogativas, o fato é que sempre alguma prerrogativa haverá, ainda que em estado potencia, porquanto elas são indisponíveis e irrenunciáveis³²⁴

Explicitando a conjugação entre o direito público e o direito privado nos contratos públicos, Jessé Pereira Junior³²⁵ apregoa que “no contrato de figuração privada, a predominância do direito privado não exclui a incidência dos princípios e normas de

³²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 256-259

³²² TÁCITO, Caio. Contratos Administrativos. In: *Boletim de Licitações e contratos*. São Paulo: NDJ, pp. 01-04, jan. 1989. p. 01

³²³ MEIRELLES, 2010, p. 250, nota 316.

³²⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008. p. 402

³²⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 617

direito público que a lei imponha, devendo as normas do direito privado com eles conviver compulsoriamente sob pena de vício invalidante do acordado”.

A despeito das impressões coligidas nesta sede, ao se tratar de negociações que envolvam compra e venda, permuta, locação e convenções e similares, embora possam respaldar paralelos com o regime jurídico-administrativo, as regras de direito privado devem permear as relações entre os contraentes, sobremaneira no que se refere aos princípios norteadores da boa-fé negocial, tendo sido esta a impressão libertária do STF em julgado referencial³²⁶, antes mesmo do advento da Carta Política vigente.

2.2.3 Contratos internacionais dos Entes Públicos³²⁷

Entende-se por contratos internacionais aqueles que conservam um nexos de caráter objetivo com mais de um ordenamento jurídico, por apresentarem elementos de

³²⁶ ADMINISTRATIVO. 1) *Contratos da administração. Distinção entre contratos privados da administração. Somente quanto aos últimos é possível reconhecer à administração, em princípio, o poder de rescisão unilateral, por motivo de inexecução das obrigações de concessionário e para satisfação de interesse coletivo, sujeito o ato a controle "a posteriori" para eventual satisfação de perdas e danos.* 2) Contrato pra exploração de hotel e de fontes de águas minerais de propriedade e lavra do estado de Santa Catarina, em Caldas da Imperatriz. Nele não há regras atinentes e custos e tarifas, que caracterizam a concessão de serviço público: trata-se de arrendamento complexo, *em que as partes estão em pé de igualdade, nem há cláusulas inequivocamente exorbitantes da disciplina de relações jurídicas privadas, havendo-se, no contrário, incompatíveis com o poder implícito da rescisão unilateral, acrescentando, ainda, que não deve ser considerado serviço público aquele que outro particular pode prestar independentemente de concessão.* 3) Rescisão que não poderia ter sido decretada unilateralmente por decreto do Poder Executivo. Conhecimento e provimento do recurso extraordinário, para concessão de segurança. Cf. RE 89217, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Décio Miranda, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/1979, DJ 26-10-1979 pp-08045 EMENT v-01150-02 pp-00318 RTJ v.-00091-03 pp-01009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE+89217&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 jan. 2011

³²⁷ Nesta sede, não está oportunizado o adensamento do tema contratos internacionais, restando, tão-somente, reportar as obras referencias sobre a matéria: STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. RODAS, João Grandino. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985; BASTOS, Celso Ribeiro; KISS Eduardo Amaral Gurgel. *Contratos Internacionais*. v. VI, São Paulo: Saraiva, 1990; BAPTISTA, Luiz Olavo (Coord.). *Estudos em Homenagem a Irineu Strenger: Direito e Comércio Internacional, Tendências e Perspectivas*. São Paulo: LTr, 1994; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1994; BASSO, Maristela. *Contratos Internacionais do Comércio, Negociação, Conclusão, Prática*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; CASELLA, Paulo Borba. (Coord.); ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul: após o término do período de transição*. São Paulo: Ed. LTR, 1996; ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

extranjería, isto é, “o domicílio, a nacionalidade, a *lex voluntatis*, a localização da sede, o centro de principais atividade, e até a própria conceituação legal”³²⁸ derivarem de arcabouços jurídicos diversos da legislação local dos contraentes.

A título de compreensão mínima da contratação internacional, percebe-se que a caracterização da internacionalidade repousa na presença de um elemento de estraneidade no contrato, que o atrela a dois ou mais ordenamentos jurídicos³²⁹.

Sumariamente, a percepção da estraneidade se conflagra com a conexão de ordenamentos jurídicos confrontantes, seja pela nacionalidade estrangeira de um dos contratantes, seja pela identificação do domicílio do contratante no exterior, quer pela fixação do pagamento em moeda estrangeira, quer pelo aperfeiçoamento do contrato se operar com pagamento em sítio estrangeiro, e ainda, em última hipótese, conforma-se como contrato internacional aquele que o cumprimento da obrigação se consolida no exterior, a saber:

A manifestação bi ou plurilateral das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar de execução ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de direito aplicável.³³⁰

Outras formas de firmar a internacionalidade são aquelas disciplinadas pelas Convenções Internacionais, a exemplo da Convenção do México que especificou “dois critérios para determinar a internacionalidade de um contrato: a) residência habitual ou estabelecimento sediado em diferentes Estados-Partes; e b) vinculação objetiva com mais de um Estado-Parte”³³¹, para tanto convém esmiuçar os tópicos grifados:

O primeiro critério traz as expressões “residência habitual” e “estabelecimento”, elementos esses que não se distanciam da tradicional regra de conexão do domicílio, mas apenas o esmiúçam, evitando problemas de qualificação. [Pelo

³²⁸ STRENGER, 2003, p. 34, nota 151.

³²⁹ ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira* – 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 346.

³³⁰ STRENGER, 2003, p. 65, nota 151.

³³¹ JAEGER, 2006, p. 92, nota 210.

segundo] critério, a Convenção estabeleceu que um contrato também será considerado internacional quando tiver “vinculação objetiva” com mais de um Estado-Parte. Todavia, o texto não revela o que são vínculos objetivos capazes de tornar um contrato internacional, cabendo ao intérprete concluir sobre a extensão da expressão. O adjetivo “objetivo” previsto no texto demonstra que a vinculação exigida pressupõe elementos advindos da própria natureza da obrigação e da qualificação das partes. Assim, os vínculos objetivos seriam o domicílio dos contratantes, o local da entrega das mercadorias ou prestação do serviço, o local da celebração do contrato, ou seja, elementos próprios da relação; de outro lado, os elementos que se manifestam pela vontade das partes, como a língua do texto, a moeda de pagamento ou a própria intenção expressa de tê-lo como internacional, são tidos como subjetivos, razão pela qual não transformam a natureza da avença.³³²

Conquanto a conceituação de contratos internacionais seja questão altamente controvertida, resultando em longas análises das implicações de uma caracterização ora mais imbuída de aspectos econômicos³³³, ora voltada para outras elementares, no que tange à possibilidade de pactuação de contratos internacionais pelos entes públicos, é notório que deve preponderar a manutenção de suas prerrogativas, para atendimento dos reclamos da coletividade, sem que, contudo, se habilite a negativa da assimilação das regras de direito privado e de direito internacional, por serem o esteio das negociações dessa órbita.

Pede-se licença para proceder à longa citação, que se presta a clarificar os termos definidores dos contratos internacionais do Estado, e as necessárias objeções ao uso da adjetivação contratual:

Conforme verificado, os contratos com o Estado, revestem-se de forma especial, pois são contratos firmados entre o Estado e o particular. Também conhecidos como *state contracts* ou *internacional agreement*, a espécie tem características muito específicas. São geralmente contratos de longa duração, principalmente os relativos a financiamentos e desenvolvimento econômico. Estes últimos muito comuns entre os países pobres e grandes conglomerados supra-estatais de natureza privada.

[...] Evidencia-se o fato de não ser absolutamente livre [...] [a] autonomia da vontade, pois uma das partes, o Estado, necessariamente deverá defender um interesse muitas vezes subjetivo, o interesse público. É a vontade da cidadania que deverá estar representada e esta não é expressa de forma ordenada, senão que por uma complexa rede formada por leis e tratados, que confrontam com o poder discricionário, representado pelo que se convencionou chamar ato de

³³² JAEGER, 2006, pp. 92-93, nota 210.

³³³ Para Claude Witz, é possível adotar um critério jurídico que repousa sobre a presença de laços do contrato com mais de um Estado, enquanto que a aplicação de regras específicas reservadas aos contratos internacionais pode ainda adotar critério econômico: é internacional o contrato que coloca em jogo os interesses do comércio internacional. Cf. WITZ, Claude. A internacionalidade e o contrato. pp. 323-336. In: *Estudos de Direito Comparado e Direito Internacional Privado*. t. II. Curitiba: Juruá, 2011. p. 324

príncipe. Pois bem, a vontade registrada no contrato, pode não ser a do interesse do público contratante, pode haver espelhado posição individual do príncipe e portanto estará sujeita a ser anulada. Neste aspecto, evidencia-se então haver limites muito rígidos que deverão ser observados quando da aposição da vontade do contratante Estado.

[...] [O princípio] do consenso entre as partes, também não se verifica com a mesma exatidão que em outras espécies contratuais clássicas. Embora Huck afirme que em muitas situações, principalmente nos contratos de desenvolvimento econômico, as empresas são muito mais fortes do que o próprio Estado, geralmente pobre, portanto, estando este último "jogado" a barganha do particular, o inverso também se constata, quando se exacerba no conceito da soberania do Estado contratante. Haverá então em um caso ou noutro um "consenso possível", quase imposto a um dos contratantes. Relativo a igualdade dos contratantes, um dos princípios a que mais se detêm o direito na atualidade, conforme a posição que se adote, ter-se-á caminhado em sentido oposto à obsessão da busca da igualdade real. Ora, um dos contratantes é dotado de soberania, ou seja, pode unilateralmente alterar o pactuado, pode julgar-se a si mesmo, pode impor restrições, pode fazer e desfazer, porque age em nome de um interesse maior: o público que é de todos, não podendo sujeitar-se ao de poucos, mesmo quando estes sejam muitos. Também não se observa com segurança a existência de uma força obrigatória do pacto, uma vez, [...], [que] possui um dos contratantes a "liberdade" de não cumprir o pactuado, pelo mesmo ato de príncipe que pactuou.

Desta forma, espantoso que essas avenças tenham merecido a expressão contrato.³³⁴

Consolida-se, pois, que “[o] contrato, nessa circunstância, assumiu dimensão nova, como instrumento regulador de relações internacionais envolvendo o interesse público do Estado e o privado da empresa, voltado para gerar lucros e pagar dividendos a seus acionistas, ou para expandir suas atividades.”³³⁵

Como relembra José Carlos de Magalhães³³⁶, outro tema emergencial a ser enfrentado é o que versa sobre os contratos internacionais estatais, porquanto é sabido que “assumiu o Estado a função de agente propulsor do desenvolvimento econômico, atuando como verdadeiro empresário, em busca de resultados econômicos próprios da atividade privada”, e “se, nas relações entre Estados, é o tratado que estabelece normas de conduta recíproca, nas que regem o relacionamento entre o Estado e a empresa privada, o instrumento que desempenha esta função é o contrato”, neste último caso, “as normas a serem observadas são as de direito interno do país contratante, disso resultando uma

³³⁴ MARTINS, Eliane Maria Octaviano; PASSOS, Fernando. Contratos Internacionais com o Estado: princípio da moralidade universal. In: *Doutrina Adcoas*, v. 2, n. 4, pp. 83-90, abr. 1999. pp. 83-84

³³⁵ MAGALHÃES, José Carlos de. Contratos com o Estado. In: *Revista brasileira de arbitragem*, v. 1, n. 3, pp. 22-41, jul./set. 2004. p. 28

³³⁶ *Idem, ibidem*, p. 24 e p. 26.

assimetria que não existe entre contratante privados, ainda que submetidos a ordens jurídicas nacionais diversas”.

Convém diferenciar a contratação pública com elementos estrangeiros dos contratos celebrados no exterior, a teor do Art. 123 LLC, os quais, conforme estipula Sidney Bittencourt³³⁷, não serão regidos, “salvo raríssimas exceções, pela lei brasileira, ficando sob a égide da lei do país de celebração ou do país da execução. Daí conclui-se que, apesar de conter todos os contornos que regem o contrato administrativo brasileiro, o acordo não deve ser encarado como tal, uma vez que sua regência legal não é a legislação pátria”, para essas hipóteses o autor defende, com alguma reserva, “que sejam adotadas as regras de direito internacional (e não comerciais locais), uma vez que a relação jurídica ocorre entre contratantes de nações distintas, não obstante estar a repartição pública brasileira sediada em solo não brasileiro”

Cogitando contratos internacionais formalizados por entes públicos, as regras gerais da consensualidade e de proibição contratual imperam, contudo, devem restar resguardadas as previsões da LLC, a saber:

À noção da sanctity of contracts (feliz expressão do jurista teuto-inglês F.A. Mann), baseada nos postulados da boa fé, da justiça comutativa, na intangibilidade do axioma *pacta sunt servanda*, outra noção se sobrepõe: por mais relevantes que sejam os princípios da justiça comutativa nas relações internacionais, o Estado, ou qualquer forma que adote ou pela qual se envolva nos contratos internacionais, não perde seu caráter de centro de normatividade e de prestador de serviços essenciais a toda uma comunidade sob sua jurisdição (e a tentação seria de dizer “toda uma comunidade sob sua guarda”)³³⁸.

Impende registrar, ainda, a polémica sobre a internacionalização do contrato com o Estado, ambientada entre as décadas de 60 e 70 do século XX, em que se evidenciou uma “pressão para ‘deslocalizar’ ou internacionalizar o contrato entre empresa privada e

³³⁷ BITTENCOURT, 1999, p. 113, nota 301.

³³⁸ SOARES, Guido F. S. Ordem pública nos contratos internacionais. In: *Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro*. n. 55, a. XXIII (nova série), pp. 122-129, jul.-set. 1984. p. 126

Estado, sujeitando-se às normas de direito internacional”³³⁹, deram azo a esforços que, à época, foram de balde.

Não excede, contudo, focalizar que as remodelações da forma de compreensão dos contratos internacionais contribuem para o resgate do instituto arbitral:

Mesmo que não seja universalmente aceita a tese de que estes contratos encontram-se verdadeiramente em um regime administrativista, não há como não reconhecer o fato da matéria merecer tratamento especial. Porém, este tratamento não pode desnaturar totalmente a teoria contratualista conforme também ressaltado acima. Há princípios que norteiam os contratos e que são básicos, quer sejam as avenças firmadas entre Estados, quer entre estes e particulares. A já anunciada disparidade de partes, o receio de parcialidade e a recorrência a Tribunal de terceiro Estado que provoca a discussão sobre a imunidade ressalta a busca da internacionalização ou desnacionalização dos contratos pretendendo levar a solução de eventuais pendências, ou para Cortes internacionais, ou para tribunais arbitrais neutros representando alternativas para a justiça estatal³⁴⁰.

Todavia, com a reconfiguração do Estado e a nova alteração do quadro internacional, evidenciada “[pel]a prevalência do sistema capitalista e do neomercantilismo, como um dos efeitos mais notórios do fim da Guerra Fria”³⁴¹, propiciou a inclusão da “cláusula de arbitragem para o caso de controvérsia, retirando do Estado a prerrogativa de resolvê-la por meio de seu próprio judiciário”³⁴².

Para Eduardo Silva-Romero “o mundo da arbitragem comercial internacional tem convidado ao silêncio em matéria de arbitragem resultante dos ‘contratos de Estado’”³⁴³, afirma, ainda, que o direito alienígena parecia ter eliminado toda problemática acerca da matéria, quietude esta, no entanto, foi infaustamente assaltada por desastrosas atuações judiciais, dentre outras, pelas emblemáticas controvérsias surgidas em paradigmáticos casos brasileiros.

³³⁹ MAGALHÃES, 2004, p. 28, nota 335.

³⁴⁰ MARTINS; PASSOS, 2002, p. 9, nota 308.

³⁴¹ MAGALHÃES, 2004, pp. 30-31, nota 335.

³⁴² *Idem, ibidem*, p. 31.

³⁴³ ROMERO, Eduardo Silva. La distinción entre "Estado" y "Administración" y el arbitraje resultante de "contratos de Estado". In: *Revista brasileira de arbitragem*, v. 1, n. 1, pp. 73-95, jan./mar. 2004. pp. 73-74

CAPÍTULO III – ARBITRAGEM DE LITÍGIOS COM ENTES PÚBLICOS

Adiante, firma-se o que se poderia rotular de análise problemática da influência recíproca entre contratos firmados por entes públicos e a arbitragem.

Por esta via, anseia-se definir os elementos fundantes que postam a utilização da arbitragem como solução alternativa no debelar de crises jurídicas, sobremaneira no âmbito contratual estatal, com vistas à supressão de todo distanciamento havido entre ordenamentos jurídicos diversos, que auxiliem na busca de construções vanguardistas ao mal que representa os efeitos deletérios do tempo no processo³⁴⁴.

O presente tomo apropria-se do despretenso intento de alinhar pontuações doutrinárias acerca da utilização da arbitragem em contratos estatais³⁴⁵, almejando operar uma análise crítica sobre as considerações produzidas que advogam os problemas da adoção de métodos paraestatais de resolução de conflitos surgidos no âmbito contratual administrativo.

Ao se versar sobre a arbitragem em contratos concluídos pela Administração pública é possível esquadrihar conjuntamente dois temas de grande atualidade, quais, sejam, a) a arbitragem, como método heterocompositivo de solução de controvérsias³⁴⁶ e b) os contratos estatais, postando tais instrumentais como relevante mecanismo de intervenção do Estado como agente de mercado, motivo máxime da aceitação legislativa à interpenetração dos institutos referidos³⁴⁷.

³⁴⁴ RODRIGUES, 2010, p. 651, nota 110.

³⁴⁵ Leia-se em contratações estatais, os seus três âmbitos de atuação dos contratos públicos: contratos administrativos, contratos privados da Administração e contratos internacionais firmados pela Administração Pública.

³⁴⁶ TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 15

³⁴⁷ MEIRELLES, 2010, pp. 338-339, nota 316.

Um complexo desenvolvimento doutrinário, derivado do entendimento de processualistas e administrativistas com mentalidade renovatória, posteriormente refletido em julgados vanguardistas, permitiu entrever claramente a intenção de ampliar o campo de aplicação da arbitragem aos contratos públicos, circunstância esta que ressoou na inclusão de tais permissivos na esparsa legislação pátria atinente à contratação estatal.

Registra-se que “antes da nova lei [de arbitragem brasileira], a doutrina e a jurisprudência se inclinavam, em sua maioria, pela incompatibilidade do juízo arbitral em contendas pertinentes à Administração Pública, em razão do princípio da indisponibilidade do serviço público”³⁴⁸.

Múltiplas discussões se avolumaram no Brasil em torno da possibilidade de se resolver por meio da arbitragem os conflitos derivados de contratos firmados pela Administração, emergindo inúmeros questionamentos, até então desconhecidos ou ignorados, afetos à contratação pública, bem assim como aflorando consagrações doutrinárias de rejeição e apreço ao instituto, fundadas nas alegações de obrigatoriedade de fixação normativa ou dispensa legal para a providência.

Bosqueja-se, pois, o estudo das controvérsias envolvendo a utilização da via arbitral pela Administração Pública, e a evolução das respostas conferidas às interrogações surgidas quanto à sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio.

Ato contínuo, serão enunciados os paradigmas definidores das asserções de entusiasmo e refute à utilização do método arbitral na eliminação de controvérsias em contratações pelos entes da Administração Pública Direta e Indireta, e a identificação de suas implicações no entendimento jurisprudencial sobre a matéria.

³⁴⁸ TÁCITO, Caio. O juízo arbitral em direito administrativo. pp. 23-28. In: *Reflexões sobre arbitragem*: in memoriam do desembargador Cláudio Vianna de Lima / coordenação, Pedro A. Batista Martins, José Maria Rossani Garcez. São Paulo: LTr, 2002. p. 24

Ainda que existam divergências sobre o ponto de apreciação do tema, é impositivo asseverar que inexistente *déficit* constitucional na arbitrabilidade de litígios com entes públicos.

De início, as vozes de refração à utilização da arbitragem se esteiam em ultrapassadas distinções entre os ramos de direito público e privado, conformações essas sem qualquer fundamentação no arcabouço jurídico vigente.

Há muito se afirma que a visão moderna do direito administrativo deve estar direcionada “não apenas à reflexão jurídica sobre a matéria administrativa, mas, concretamente, ao aperfeiçoamento de institutos jurídicos relacionados ao ordenamento das ações”³⁴⁹.

Pontua Edison Reinert³⁵⁰ que “a par das tendências exógenas, o Direito Administrativo brasileiro, mudou na tentativa de acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade e no mundo. Contudo, o ordenamento jurídico pátrio ainda se encontra eivado dos resquícios da ditadura e dos governos populistas que tomaram conta de nosso país e impregnaram nosso Direito Administrativo com mandamentos autoritários e altamente discricionários”.

Visando uma interlocução entre o direito processual civil, o direito administrativo e o direito internacional privado, com vistas à compatibilização de tais ramos para assimilação da tendência universal do *favor arbitrandum*, é necessário objetar toda e qualquer tentativa de manutenção de dualismos doutrinários que inviabilizem a comunicação das idéias que permeiam as diferentes órbitas referidas.

³⁴⁹ MOTTA, 2004, p. 01, nota 319.

³⁵⁰ REINERT, Edison Eduardo Borgo. Contratos administrativos e a aplicabilidade de Lei de arbitragem / Edison Eduardo Borgo Reinert. In: *Revista brasileira de direito público*: RBDP, v. 8, n. 28, pp. 93-112, jan./mar. 2010. p. 93

Parte-se, assim, da premissa que toda rejeição mantida sob uma rigidez dogmática injustificável é lesiva aos anseios de arejamento do Direito. Logo, esteado em mencionada percepção, ressalta-se o anacronismo da *summa divisio* entre direito público e direito privado³⁵¹.

Há quem sustente que a dicotomia público-privado, isto é, a forma de pensar o jogo, é o pensar que supera o exercício metafórico, é o pensar da diferença ontológica³⁵², percepção que aparenta ser eminentemente circunstancial, e, por consequência, não se coaduna com a realidade hodierna.

Tendentes à adoção de posições homogêneas, pela tautologia de argumentos circulantes, freqüentemente os “cientistas” jurídicos funcionam como um coral repisando informações propaladas anteriormente, olvidando-se da premência da multidisciplinariedade³⁵³ à compreensão plena do fenômeno jurídico, legitimam o verniz ideológico que repousa nas ponderações transmitidas.

À exaustão, em inconveniente repetição discursiva, deflagrando censurável “patologia da argumentação”³⁵⁴, os doutrinadores têm se embrenhado na busca de justificação à dualidade, discussões que pouco têm engrandecido a cena jurídica, dado que destoam aludidas convicções dos reclamos da ordem jurídica.

³⁵¹ BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. A superação da *summa divisio*. In: Correio Braziliense, Brasília. Caderno Direito e Justiça, n. 15100, 20 set. 2004. p. 2.

³⁵² TUTIKIAN, Cristiano. A hermenêutica filosófica no contexto de superação do positivismo jurídico: uma análise do ordenamento jurídico brasileiro a partir do modelo gadameriano de jogo e arte. pp. 15-64. In: *Olhares sobre o público e o privado*./ Cristiano Tutikian (organizador); Alexandre dos Santos Cunha [et al.]. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 53

³⁵³ Na acepção textual, o intento magno é angariar correspondência respectiva à idealização, à afirmação e à aplicação do direito em ciências diversas [...], concluindo-se que os níveis de compreensão do direito não são autônomos, mas se implicam e se exigem reciprocamente. Cf. SANTOS, Romualdo Baptista. *Princípios sociais contratuais: autonomia privada, função social e boa-fé objetiva*. In: *Direito Civil: direito patrimonial e existencial*. Flávio Tartuce; Ricardo Castilho. (coord.) São Paulo: Método, 2006. pp. 222-226 *passim*

³⁵⁴ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 75, nota 85.

Neste contexto enumeram-se diversos sistemas internacionais de natureza jurídico-institucionais³⁵⁵ que se amoldam a essa percepção de acrisolamento sistêmico, dentre os quais está elencado o sistema brasileiro, fundado no dualismo que atende às demandas políticas e a outros propósitos, mas não propicia a convergência de idéias em prol da interpenetração de conceitos renovatórios.

Ratio ultima, a superação de condicionados terminológicos operados nos ramos do direito anteriormente referidos propicia uma superação da "dicotomia, pois seu fundamento retórico-argumentativo permite uma espécie de 'diálogo' entre público e privado, perspectiva essa encastelada em uma racionalidade discursiva que encobre a diferença ontológica."³⁵⁶

Cristiano Tutikian³⁵⁷ elucida sobre quais premissas se arregimentam a partição do sistema posto, e clarifica a motivação de erroneamente não concebê-lo de forma unitária, ao pontuar que subsiste "o problema do dualismo metafísico da dicotomia público-privado: a entificação do público e o privado", fato que repercute para a esfera de atuação da arbitragem em contratos administrativos, ao fundamento de ser impossível a interpenetração de "mundos".

Enfatiza-se, então, que "o direito público e o direito privado não são entes distintos e separados entre si; o público e o privado são faces distintas de um só ente, de onde é originada a unidade consigo mesmo"³⁵⁸.

Grafa sobre o tema Lúcia Valle Figueiredo³⁵⁹ a impossibilidade de se afirmar a existência de contratos administrativos antinômicos aos contratos privados, em contrapartida,

³⁵⁵ CERQUEIRA, Luís Eduardo Bianchi. *Ordem jurídica internacional & internacionalização do capital*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 136

³⁵⁶ TUTIKIAN, 2008, p. 54, nota 353.

³⁵⁷ *Ob. Cit.*, p. 58, nota 353.

³⁵⁸ TUTIKIAN, 2008, p. 58, nota 353.

³⁵⁹ Natureza jurídica dos contratos administrativos renegociação das dívidas dos estados-membros da União e seus reflexos na execução da política orçamentária. In: *Boletim de Direito Administrativo*. nov. 1999, p. 711-712

complementa pontuando que “as normas de Direito Privado também vão permear os contratos regidos pelo Direito Administrativo”, e, para finalizar, declara que “na verdade, o regime dos contratos administrativos ou dos contratos privados da Administração é inteiramente diferenciado do regime puramente de direito privado”, fato que em si não prejudica a apropriação de métodos alternativos de resolução de litígios, contudo não é esta a forma de compreensão do tema externada pela Autora.

As perspectivas do rigorismo da legislação reguladora dos contratos públicos, e a previsibilidade dos marcos de formalização, execução e extinção dos contratos públicos, que exsurtem como premissas básicas do planejamento, não são absolutas, evidencia-se, outrossim, que as reformulações empreendidas decorrem do entendimento de que o Direito Administrativo alcança nova importância jurídica e processual³⁶⁰.

Destarte, “a rapidez das mudanças, a interveniência de fatores temporais, econômicos, políticos, tecnológicos amplia as margens de incerteza das avenças públicas [...]. Para lidar com essas contingências, a Administração deverá dispor hoje de instrumentos e técnicas avançadas de gestão contratual, como, a exemplo, o juízo arbitral, prática já consagrada em outros países.”³⁶¹

Ancorado nas ressalvas e cautelas expostas, parte-se para exposição das linhas mestras da arbitragem com entes públicos, seja ela interna, seja internacional, caminhando, após, para ponderações doutrinárias e jurisprudenciais que ora legitimam, ora detratam o instituto, para, finalmente, “– tendo em vista, sempre o ordenamento brasileiro e despido, tanto quanto possível, de qualquer viés ideológico – [...] investigar os fundamentos constitucionais e legais que levam à possibilidade, ou não, da adoção do Juízo arbitral para dirimir controvérsias”³⁶², e neste giro, empreender-se uma sucinta análise comparativa das caracterizações da utilização da via arbitral pela Administração Pública

³⁶⁰ ROSÁRIO, 2009, p. 220, nota 151.

³⁶¹ Vide: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações & contratos*: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão, parcerias público-privadas. 10. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. pp. 441-447

³⁶² FIAD, Leonardo. Arbitragem e administração pública. In: *Revista de direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: APERJ, n. 18, pp. 177-204, 2006. p. 177

em Portugal, desafiando, assim, um quadro multicolor ao elenco de vedações e permissões passíveis de adoção no Brasil.

3.1. *Arbitragem interna com entes públicos*³⁶³

Antes de se avançar para as considerações sobre a utilização da arbitragem, resta claro que em dadas circunstâncias, considerando as especificidades do caso em apreço, embora seja inequívoca a simplificação procedimental e os benefícios da utilização do método extrajudicial, por todos, o prestígio à mitigação do formalismo, não se evidenciaria como recomendável o uso do instituto.³⁶⁴⁻³⁶⁵

À exceção das ocorrências não usuais, que em matéria administrativa, leia-se: questões que envolvam direitos indisponíveis, circunstâncias essas em que se desaconselha a intervenção do *tertium* privado, não existe razões eloqüentes que propiciem o afastamento da via arbitral em condições normais de contratação estatal.

Ao se escudar na “linha de raciocínio que prioriza a efetividade e, com ela, a eficiência e otimização das regras processuais”³⁶⁶, proclama-se a importância da arbitragem na eliminação de crises jurídicas entre particulares e entes públicos:

³⁶³ Mais das questões sobre arbitragem envolvendo a administração pública em: LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública* : fundamentos jurídicos e eficiência econômica / Selma Ferreira Lemes. São Paulo: Quartier Latin, 2007; CARNEIRO, Cristiane Dias. Adoção de cláusulas de arbitragem nos contratos de administração pública e, em especial, pelas Estatais. pp. 207-228. In: *Direito administrativo empresarial*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

³⁶⁴ KERN, Christoph. *Justice between simplification and formalism*: a discuss and critique of the World Bank sponsored Lex Mundi Project on efficiency of civil procedure. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p. 104

³⁶⁵ Atente-se à ilação de que “a interpretação de uma norma não se faz isoladamente, e sim dentro do contexto do ordenamento no qual está inserida. Nesse sentido, é manifesto que inúmeras controvérsias tendo o Poder Público como parte não poderão se submeter à decisão de um árbitro.” Cf. GIRARDI, Claudio; ALENCAR, Dilermando Gomes de. Inserção de cláusula compromissória de arbitragem em minutas-padrão de contrato de concessão de UBP. In: *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF*. Curitiba, a. VII, n. 168, fev. 2008. p. 163

³⁶⁶ LEMES, Selma Maria Ferreira. Os "embargos arbitrais" e a revitalização da sentença arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 6, p. 37-39, jul./set. 2005. p. 37

As discussões que estão sendo travadas pela doutrina e na jurisprudência residem na possibilidade, ou não, de a Administração Pública (direta e indireta) submeter seus desacertos a jurisdição privada; se possível, quais seriam os limites dessa possibilidade; seria livre a Administração para firmar compromisso arbitral ou dependeria de lei para tanto; como ficaria a *potestade* de a Administração alterar unilateralmente as cláusulas contratuais, frente ao compromisso arbitral e ao princípio da boa-fé.³⁶⁷

De resto, em observância eminentemente superficial das intrincadas hipóteses que podem derivar de uma relação deslindável pelo juízo privado, registra-se a importância da arbitragem na contemporaneidade, evidência que se presta, para alguns, a patentear “o fracasso dos juízes e o êxito dos peritos”³⁶⁸.

Em que pese a pontuação acima defendida, e sua afetação um tanto passional, a visão extraída da *práxis* motiva a afirmação de que as recorrentes tentativas de demonstração de ausência de atrelamento das exigências de natureza administrativa com práticas de ordem jurídico-privada repercutem negativamente na adoção de mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Os entraves sustentados derivam em parte do surgimento recente do Direito Administrativo e da modernização recentíssima obrada pela reforma administrativa e pela constitucionalização deste ramo do direito, todavia, “o grande problema que se encontra na aplicação do instituto da arbitragem envolvendo Estados e particulares encontra-se no pensamento arraigado na idéia de incompatibilidade da submissão do Estado ao julgamento de um árbitro privado.”³⁶⁹

Até mesmo alguns doutrinadores que anunciam os prodígios da arbitragem, assumem uma posição intermediária à plena aceitação da arbitragem pela Administração Pública, procedendo à desqualificação da via arbitral para dirimir controvérsias em contratos administrativos:

³⁶⁷ REINERT, 2010, p. 97, nota 351.

³⁶⁸ CAUPERS, João. A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares. In: *Cadernos de Justiça Administrativa*. n. 18, pp. 03-11, nov.-dez. 1999. p. 07

³⁶⁹ REINERT, 2010, p. 97, nota 351.

Não se pode deixar de afirmar que o Estado pode utilizar a arbitragem quando o conflito de interesses diga respeito aos atos negociais que ele pratica. Nesses atos, como se sabe, o Estado assume uma posição de igualdade com o outro sujeito da relação jurídica que se forma, sendo certo que tais atos negociais são regidos pelas normas de direito privado. Assim sendo, torna-se possível levar a um árbitro a solução do conflito. O mesmo não se dará, obviamente, quando o litígio se originar em relação jurídica em que o Estado seja sujeito e que provenha de um contrato administrativo. Nesta hipótese, torna-se inviável a arbitragem, em razão da própria natureza da causa³⁷⁰.

A ausência de firmeza sobre o tema em fixações legislativas e o desapego doutrinário a uma posição que pudesse ser defensável irrestritamente pelas Cortes nacionais produziu a manutenção de orientações antitéticas acerca da utilização da arbitragem em contratos públicos, o que consagrou a clivagem legislativa do instituto, rupturas endêmicas que calharam no dualismo admissão-rejeição do instituto pela doutrina e pela jurisprudência. Explica-se.

O advento da Lei de Arbitragem Brasileira (Lei 9307/96), para a doutrina tradicional, não foi suficiente para abarcar o deslinde de questões que se relacionam com matérias administrativas, assim, considerando que a Lei de Licitações e Contratos (Lei 8666/93), preexistente, silenciava sobre a matéria, em fidedigna inflação legislativa³⁷¹, passou-se à edição de leis esparsas que ora aceitavam a adoção da via arbitral, ora emudeciam diante dessa possibilidade:

Fato é, entretanto, que, desde então, houve uma sucessão contínua de alterações legislativas no direito brasileiro em favor da busca de meios alternativos para solução de controvérsias havidas em relações jurídicas travadas entre particulares e entre esses e a Administração Pública. À Lei de Arbitragem, adicionaram-se outros diplomas legislativos, os quais adotam uso da arbitragem pela Administração Pública.³⁷²

³⁷⁰ CÂMARA, 2009, pp. 13-14, nota 107.

³⁷¹ FARIA, 1997, p. 17, nota 211.

³⁷² NOGUEIRA, Erico Ferrari. A arbitragem e sua utilização na Administração Pública. In: *Revista Virtual da Advocacia Geral da União*. Ano IX, n. 91, agosto de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=90300&id_site=1115&ordenacao=1>. Acesso em: 27 nov. 2010.

As portas ao juízo arbitral estavam entreabertas, assim, reflexões das mais variadas passaram a exortar a utilização da via arbitral como antídoto às inadequações do Judiciário pátrio para eliminação de litígios administrativos.

A interessante ilação de Fernão Justen de Oliveira³⁷³ merece encômios e reprodução, por afirmar que a previsão da arbitragem administrativa é sintomática da insatisfação dos rumos das contratações públicas.

Em continuidade, o autor registra que previsivelmente conflitos continuarão a acontecer, fazendo urgir, diuturnamente, por resoluções. Todavia, distanciando-se das reflexões que grifam a crise do Judiciário e os defeitos do aparato judiciário como causa suficiente à adoção da via arbitral, salienta o doutrinador que “a identificação do problema está menos nesses defeitos do sistema judiciário (comuns também em outros países) do que na inaptidão para fazer efetivas suas próprias decisões quando estas contrariam o Poder Executivo”.

Para um entendimento pleno das inter-relações operadas em meio aos questionamentos da aplicação do procedimento arbitral, afirma-se, com propriedade, que “a complexidade da matéria espelha [...] a influência direta das diversas áreas do conhecimento, dentro e fora da seara jurídica”³⁷⁴, orientação ressoada por Selma Lemes³⁷⁵, em citação apudiana de Menezes Cordeiro, para quem as dimensões do direito somente serão apropriadas, seja por fontes normativas relevantes, seja por níveis instrumentais como o processo, ante a devida articulação das searas e leitura dos diplomas legais conforme a Constituição.

³⁷³ *Parceria Público-privada*: aspectos de direito público econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2007. pp. 190-191

³⁷⁴ FACHIN, Melina Girardi. Problemas e perspectivas da participação de Estados e entidades públicas enquanto partes no juízo arbitral. In: *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v.2, n.2, pp. 119-140, jul./dez. 2005. p. 122

³⁷⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 84

Sob este manto de ausência de uniformidade interpretativa, pontua Arnold Wald³⁷⁶ que perdurou “por algum tempo, em matéria de arbitragem, a escola dos processualistas e a dos comercialistas, que nem sempre concordavam na sua visão e nas soluções a serem dadas”, cabendo incluir nesses debates o posicionamento reticente dos administrativistas, que em dados momentos conduzem ao entendimento do instituto arbitral por uma ótica marcadamente depreciativa.

Subsiste, ainda, uma inegável resistência à adoção da arbitragem, sobretudo quanto à possibilidade de figuração de entes públicos nas instâncias arbitrais:

É de se ressaltar, não obstante, que uma perspectiva que considera a essência do Direito como emanção resultante da soberania estatal favorece a desconfiança dos mais diversos tipos de operadores em relação a soluções desvinculadas do controle imediato das instituições públicas internas. A própria tripartição e complementaridade entre os Poderes, vistas como um dos pilares da democracia, eiva de desconfiança a opção por privatizar a justiça. Muitas vezes, cria-se a impressão de que a arbitragem é uma simples rota de fuga do controle do Estado e da aplicação do direito pelos órgãos verdadeiramente legítimos. Desta mesma perspectiva, a arbitragem tende a ser vista como excepcional em relação ao que seria normal, a submissão ao Judiciário. Em outros termos, até mesmo em função da CF, art. 5º, XXXV, o âmbito da jurisdição estatal pode ser definido como dominante, dependendo a aceitação da arbitragem de autorização legal explícita. Isto induz a uma interpretação restritiva dos âmbitos de arbitrabilidade.³⁷⁷

Em âmbito jurisprudencial, o conflito acerca da admissibilidade de arbitragem em contratos administrativos digladiava sobre a negativa do TCU³⁷⁸, e o entendimento jurisprudencial renovador³⁷⁹ que apregoa a possibilidade de adoção de juízo arbitral para dirimir questões contratuais. Sob este giro, elucida Ferreira Netto³⁸⁰:

A posição favorável ao emprego da via arbitral para o deslinde de litígios envolvendo o Estado não é pacífica na jurisprudência, restando demonstrada a

³⁷⁶ GARCEZ, 2007, *prefácio*, p. XX, nota 05.

³⁷⁷ COSTA, 2010, p. 112, nota 218.

³⁷⁸ “O TCU respondendo a consulta, em caráter normativo, decidiu que o Juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos”. Cf. JACOBY FERNANDES, J.U. *Vade-Mécum de Licitações e Contratos*: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 782

³⁷⁹ Relembra Jacoby Fernandes, em sua obra acima citada, que o TJDF entendeu que o art. 54 da Lei 8.666/93 vem reforçar a possibilidade de adoção do juízo arbitral. Cf. *Idem, ibidem, loc. cit.*

³⁸⁰ FERREIRA NETO, Cássio Telles. *Contratos Administrativos e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 61

divergência que a questão acarreta em decisões do Tribunal de Contas da União e em nossas Cortes Judiciárias.

No âmbito da instância administrativa, diversas decisões foram proferidas pelo Tribunal de Contas da União que, inicialmente, condenava radicalmente a sua adoção. Sob o argumento baseado na indisponibilidade de bens públicos e na inexistência de legislação autorizativa, o TCU repelia a hipótese de se instruir foro arbitral específico nas licitações e contratos.

Com o devido acatamento às opiniões em contrário, sobejam as vantagens decorrentes da utilização da arbitragem no âmbito das contratações da Administração Pública.

Nesse talante, Eros Roberto Grau registra, reportando-se a Themístocles Cavalcanti, as vantagens recíprocas – para Administração Pública e para o particular – em reduzir o tempo de aguardo para resolução do conflito:

[...] a administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contratarem a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário, ou prolongando o processo administrativo, com diligências intermináveis, sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo.³⁸¹

Por amor ao debate, somente se oportunizaria o levantamento das impressões externadas no trecho em epígrafe pela insofismável comprovação da imprestabilidade da via arbitral, quer por uma vedação legal expressa, quer por afronta a preceitos constitucionais, o que não se evidencia na hipótese.

Ciente das reticências, e das pontuações escarnecedoras ao instituto arbitral, invoca-se a reformulação do entendimento sobre a matéria, como incentivado de forma entusiástica por significativa parcela da doutrina:

Se por um lado as contingências econômicas incitam procedimentos [...] capazes de gerir uma situação de real interdependência da maneira mais racional possível, por outro lado, questões culturais e políticas impelem a uma reforma do Estado-nação que considere não somente tradições seculares, mas também

³⁸¹ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. In: *Revista da faculdade de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n. 21, pp. 141-148, mar. 2002. p. 142

práticas democráticas efetivas, as quais não podem prescindir da esfera infra-estatal³⁸², [e porque não dizer privada].

O incentivo proclamado na referência em epígrafe somente evoca a necessidade de engendrar hipóteses renovatórias ao direito administrativo, embasadas na identificação da arbitragem como um dos pilares da contemporaneidade do direito processual civil, sobremaneira ao se identificar a dinâmica da consensualidade:

A expansão do consensualismo na Administração pública vem acarretando a restrição de medidas de cunho unilateral e impositivo a determinadas áreas da ação administrativa. Isso provoca o florescimento da denominada Administração consensual, e a mudança de eixo do direito administrativo, que passa a ser orientado pela lógica da autoridade, permanentemente flexionada pela lógica do consenso³⁸³.

É cogente que se identifique o novo cenário em que se almeja a atuação do Direito Administrativo:

A privatização e a desregulamentação da economia determinaram o retorno do Estado a funções mais nobres e relevantes e sinalizaram aquilo que muitas viúvas teimam em aceitar: a "débacle" do Estado-Providência. O Estado hoje deixou de ser veículo único a refletir e solver os anseios sociais, passando a agir como supervisor da atuação da coletividade.³⁸⁴

Assim, convém que não se confunda o “Estado-aparato com o Estado-ordenamento. Na relação contratual administrativa o Estado-aparato [Administração] atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular; ambos se submetem à lei [Estado-ordenamento]; ou seja, a Administração não exerce atos de autoridade no bojo da relação contratual.”³⁸⁵

³⁸² MEDEIROS, Marcelo de Almeida. A hegemonia brasileira no MERCOSUL: O efeito samba e suas conseqüências no processo institucional de integração. In: *O Mercosul no limiar do século XXI*/ Marcos Costa Lima, Marcelo de Almeida Medeiros (organizadores) São Paulo: Cortez; [Buenos Aires, Argentina]: CLACSO, 2000. p. 191

³⁸³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, mai./jul. 2005, p. 27. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2010.

³⁸⁴ MARTINS, 2002, p. 5, nota 201.

³⁸⁵ GRAU, 2002, p. 145, nota 382.

Outrossim, por ser essa a nova dinâmica do Direito Administrativo, flexibilizado, e atento às exigências da “administração pública consensual”³⁸⁶, que a seguir se discorrerá sobre as impressões tradicionais, que objetam a aceitação da arbitragem como método hábil e jurígeno à eliminação de litígios em contratações estatais, propiciando a visualização de certas inconsistências em suas constatações.

3.1.1. *Fundamentos da posição contrária à adoção da arbitragem de litígios com entes públicos*

A princípio, anota-se a indelével divergência doutrinária quanto à possibilidade ou não de inclusão de cláusula arbitral nos contratos públicos³⁸⁷.

Das comuns manifestações de aceitação e rejeição à arbitragem administrativa, aflorou uma via intermediária.

Afirma Edison Reinert³⁸⁸ que a doutrina se conforma nas suas impressões acerca da aceitação da arbitragem em matéria administrativa: (i) em uma parcela que admite a arbitragem em todo e qualquer contrato público, com destaque, aos contratos administrativos; (ii) um veio doutrinário admite a adoção do instituto arbitral em alguns contratos administrativos, em que haja o permissivo em legislação específica; e, (iii) a facção que inadmite a arbitragem em matéria administrativa.

³⁸⁶ MOREIRA NETO, 2007, p. 45 e ss., nota 288.

³⁸⁷ Nesta toada, relembra Leonardo Fiad que “a resolução, pela via arbitral, das controvérsias oriundas das relações entre a Administração Pública e particulares tem gerado perplexidades e um intenso debate doutrinário”. Cf. *Op. Cit.*, 2006, p. 177, nota 363.

³⁸⁸ *Op. Cit.*, pp. 98-99, nota 351.

Para Rafaella Ferraz³⁸⁹, a arbitragem, na concepção neoliberal de direito administrativo, e, em especial, com fundamento no princípio da juridicidade, é um instituto que funciona como mecanismo alternativo de solução de litígios com o Estado, e desta forma deve ser assimilada, fundada, assim, em princípios constitucionais, tornando despicienda a alegada dependência de lei expressa autorizativa, admitindo-se, excepcionalmente, que sua utilização se opere *contra legem*, quando os princípios constitucionais o admitirem e o recomendarem, e, por seu caráter consensual, representa a verdadeira participação administrativa para superação negociada dos conflitos de interesse.

Selma Ferreira Lemes³⁹⁰ sintetiza a problemática da aceitação da arbitragem clarificando que o Judiciário brasileiro tem admitido a aplicação dos princípios arbitrais em suas apreciações, contudo, no que concerne à arbitragem no setor público, reconhece a persistência de algumas decisões desalinhadas com a norma legal e com os tratados internacionais vigentes.

O resgate dos mecanismos de heterocomposição privada não obstou que os avanços se operassem de forma meramente pendular, e que a continuada percepção dos potenciais benefícios do instituto arbitral não afastasse a habitual resistência ao novo, posto que impregnadas as certezas com as impressões de outrora³⁹¹.

Como enuncia Clóvis Gorczewski³⁹², o maior obstáculo à arbitragem no Brasil é de caráter psicológico e cultural, ante a tendência de se reportar todas as mazelas da sociedade à estatização da resolução da controvérsia.

³⁸⁹ *Arbitragem em litígios comerciais com a administração pública*: exame a partir da principalização do direito administrativo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 31

³⁹⁰ LEMES, Selma Maria Ferreira. Uso da Arbitragem na Administração Pública. In: *Valor Econômico*. v. 4, n. 825. Caderno Legislação & Tributos, 19. ago. 03. p. E- 2.

³⁹¹ VALENÇA FILHO, Cláudio. Validade e Eficácia da Convenção de Arbitragem em contratos administrativos. pp. 436-453. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 437-448 *passim*; ALVIM, J. E. Carreira. Comentários à lei de arbitragem. Curitiba: Juruá, 2007. p. 79

³⁹² *Formas alternativas para a resolução de conflitos*: a arbitragem no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 93

A resistência à via arbitral beira o menoscabo, não sendo raras as menções escarnecedoras, que intitulam ou assemelham a arbitragem ao modelo “*rent a judge*”³⁹³⁻³⁹⁴ de apreciação, atribuindo-lhe inexplicável tom jocoso e pejorativo, perspectiva que se distancia vertiginosamente das orientações do direito participativo.

Percebe-se, que, até o advento das reformulações legislativas operadas a partir do início deste milênio, o panorama legal existente era tendenciosamente obstativo à utilização irrestrita da jurisdição arbitral em demandas oriundas de contratos com a Administração Pública.

Com lastro em mencionada reserva da produção normativa, inúmeros motivos são arrolados pela doutrina administrativista clássica, como impeditivos à adoção da arbitragem de litígios com entes públicos. Aqueles que se evidenciam como recorrentes são os que sugerem afronta às disposições constitucionais, e à pedra de toque do cognominado Direito do Estado³⁹⁵: o binômio supremacia-indisponibilidade do interesse público³⁹⁶.

Siddharta Ferreira³⁹⁷ grafa que a constitucionalização do direito administrativo desencadeou modificações substanciais em seu seio, sendo uma das mais importantes delas a desconstrução da supremacia do interesse público³⁹⁸. Por sua vez, a noção de

³⁹³ PRUDENTE, 1996, p. 50, nota 191.

³⁹⁴ RIOS, Arthur. Juizes Particulares ou "Rent a Judge". In: *RTD*, n. 98, maio/1995. p. 393

³⁹⁵ MOTTA, 2004, p. 13, nota 319.

³⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 57

³⁹⁷ FERREIRA, 2008, p. 14, nota 310.

³⁹⁸ Reporta-se à interessante discussão acerca da conformação jurídica do princípio constitucional da supremacia do interesse público, por ser tarefa incompatível com os objetivos e os limites deste espaço analítico, às proposições de negação de Humberto Ávila e à elucidativa “resposta” de Fábio Medina Osório. Mais, respectivamente, em: ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *O direito público em tempos de crise*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. *passim*, especialmente pp. 126-127; OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? In: *Revista dos Tribunais*. Fasc. Civ. Ano 88, v. 770, pp. 53-92, dez. 1999. *Passim*, especialmente pp. 65-69

interesse público permanece válida, contudo, a obtenção de seus resultados se opera através do postulado da proporcionalidade³⁹⁹⁻⁴⁰⁰.

Os principais argumentos contrários ao manejo do mecanismo arbitral se baseiam na inafastabilidade da prestação jurisdicional, na indisponibilidade de todos os direitos relacionados à Administração Pública, e na necessidade de autorização legislativa prévia e expressa que permita a fruição da justiça privada por entes públicos.

Registra-se, ainda, as considerações que pontuam ser a confidencialidade da arbitragem atentatória ao princípio informador da publicidade, e que proclamam ser a natureza jurídica das entidades públicas e a submissão ao regime jurídico-administrativo entraves ao método parajurisdicional⁴⁰¹.

Uma das inflexões mais elucidativas da verdadeira ojeriza que os administrativistas demonstram à possibilidade de deslinde de controvérsias administrativas pela via arbitral foi externada por Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰², quando em suma enfatizou ofensa à inafastabilidade da jurisdição, inversão da ordem lógica de quem ostenta jurisdição, ademais, destacando que os direitos indisponíveis são coisas fora do comércio, não calhando a transação própria da arbitragem:

³⁹⁹ Mais sobre o princípio da proporcionalidade em: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas** / Ana Paula de Barcelos [et. al.]; org.: Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. *passim*

⁴⁰⁰ Em obra referencial sobre o tema da arbitragem administrativa no Brasil, Rafaella Ferraz promove as sustentações da possibilidade de utilização da arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública tendo por base o sopesamento de princípios constitucionais a partir do filtro da proporcionalidade. Mais em: FERRAZ, Rafaella. **Arbitragem em litígios comerciais com a administração pública**: exame a partir da principialização do direito administrativo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. *passim*

⁴⁰¹ Dalila Romão, no entanto, ressalva que a arbitragem muitas vezes é reduzida ao atributo parajurisdicional de resolução de litígios, esquecendo-se a sua potencialidade profilática ou graciosa que lhe é também característica e onde encontra muito da sua razão de existir. Para a autora a arbitragem ressurgue como forma de encontro de soluções por intermédio de terceiros tanto em momentos patológicos quanto em momentos saudáveis das relações jurídicas, funcionando como elemento conformador das vontades ou informador dos procedimentos. In: Arbitragem e administração pública em Portugal. In: **Revista de arbitragem e mediação**. v. 6., n. 22, pp. 184-210, jul.- set. 2009, p. 185

⁴⁰² MELLO, 2009, p. 711, nota 397.

É inadmissível que se possa afastar o Poder Judiciário quando em pauta interesses indisponíveis [...], para que particulares decidam sobre a matéria que se constitui em *res extra commercium* e que passa, então, muito ao largo da força decisória deles. É da mais solar evidência que particulares jamais teriam qualificação jurídica para solver questões relativas a interesses públicos [...]. Chega a ser grotesco imaginar-se que o entendimento revelado em decisão proferida por sujeito privado possa se sobrepor à inteligência proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência. Disparate de um tão desabrido teor só poderia ser concebido no dia que reputasse normal que os motoristas multassem os guardas de trânsito, que os contribuintes lançassem tributos sobre o Estado e os cobrassem executivamente ou que os torcedores, nos estádios de futebol, colocassem ordem nas forças da polícia, dissolvendo algum ajuntamento delas.

A posição extremada de recusa à arbitragem é proclamada por Renato Poltronieri⁴⁰³ para quem “qualquer opinião que defenda peremptoriamente a possibilidade de uso da arbitragem pela Administração Pública, no presente quadro normativo brasileiro, é mera fantasia teórica. Como tal, ainda que seja bela e formosa, possui curto período de uso”.

A negativa encontra respaldo, ainda, na notabilidade de Lúcia Valle Figueiredo⁴⁰⁴, para quem aflora a inconstitucionalidade quando for a Administração Pública a parte interessada, mesmo com a expressa referência de lei infraconstitucional, uma vez que não se pode subtrair a possibilidade de socorro ao Judiciário, determinação elevada à condição de cláusula pétrea pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

É notável que as celeumas são perenes nesse campo, e dadas vezes, com arrimo em sutis distinções conceituais. A rigor, perduram objeções que se consolidam pela rotulação das percepções destoantes da orientação tradicional como heréticas, a despeito das ponderações clássicas e conservadoras de refute estar erigidas em sustentações muitas vezes simplistas de afronta ao princípio da legalidade⁴⁰⁵⁻⁴⁰⁶, inobservância à

⁴⁰³ *Parcerias público-privadas e a atuação administrativa*. São Paulo: Juarez, 2005. p. 155

⁴⁰⁴ *Curso de direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 108

⁴⁰⁵ Desta feita, a aplicação aqui da cláusula de compromisso arbitral encontra um óbice intransponível, qual seja a ausência de autorização legal. O fato de a outras modalidades de contratos administrativos ser possibilitada a inclusão de cláusula de arbitragem, tal como previsto no inciso X do art. 43 da Lei 9.478/1997 não permite a extensão por analogia desses dispositivos às avenças aqui tratadas. ***A Administração é regida pelo Princípio da Legalidade e a arbitragem é cláusula de exceção a regra de submissão dos conflitos ao Poder Judiciário, somente podendo ser aplicada com expressa autorização legal***. Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC-005.250/2002-2, Acórdão nº 537/2006, 2ª C., Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Data do Julgamento: 14/03/2006. [grifo nosso]

inafastabilidade do Poder Judiciário, e bem assim, por focar a indisponibilidade do interesse público⁴⁰⁷, sob matizes impensáveis.

As asserções, que à primeira vista parecem ser bem-intencionadas, para alguns, em verdade, camuflam o receio de esvaziamento da competência dos órgãos jurisdicionais e de controle⁴⁰⁸.

Leciona Clávio Valença⁴⁰⁹ que “o juiz estatal deve, por seu turno, prestar apoio à jurisdição arbitral”. Prossegue destacando que “já não há lugar para competição e rivalidade entre juiz estatal e árbitro, disputa só fundamentada no despreparo ou na ignorância”, pensamento que se depreende, ainda, na seguinte passagem:

[...] há que se dizer que a valorização da arbitragem é responsável pela valorização do próprio Poder Judiciário, sendo infundado o temor, já manifestado por alguns magistrados, de que a arbitragem tenha como consequência uma desvalorização de sua atividade. Com a arbitragem, ficarão submetidos ao crivo do Judiciário, basicamente, aquelas causas em que sua atuação é essencial[...]⁴¹⁰

Em prelúdio, conforme relatado anteriormente, com maior acerto é possível referir-se à impertinência da alegação de atentado à inafastabilidade da prestação jurisdicional⁴¹¹,

⁴⁰⁶ Comunga da opinião destacada Luís Roberto Barroso. *Vide* Sociedade de economia mista prestadora de serviço público, cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 620.

⁴⁰⁷ [...] o art. 1º da referida Lei, ao excluir a possibilidade de resolução, por arbitragem, *de conflitos em que estiverem em jogo interesses patrimoniais indisponíveis, afastou também, no mesmo passo, a possibilidade de que contratos administrativos, ou relações jurídicas que tutelem interesse de natureza pública*, prevejam apelo à via arbitral pela parte que se julgar atingida na aplicação das demais disposições contratuais. BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC-005.123/2005-4, Acórdão nº 1.271/2005, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, Data do Julgamento: 24/08/2005. [grifo nosso]

⁴⁰⁸ Na esfera administrativa, [...] o TCU tem se mantido firme no entendimento de que não é possível a participação da Administração em arbitragens sem lei autorizativa (decisão 286/93, decisão 763/94, decisão 188/95, decisão 394/95, acórdão 584/03, decisão 215/04, acórdão 587/03, acórdão 631/03, acórdão 1271/05, acórdão 537/06 e acórdão 1099/06). TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 60, 31/12/2008 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4307>. Acesso em: 12/05/2010.

⁴⁰⁹ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Arbitragem e Contratos Administrativos: comentários ao acórdão proferido pelo TJDF, em 18.05.1999, no caso Seveng Civilsan S.A Empresas Associadas de Engenharia e Construtora Andrade Gutierrez S.A. c. Tribunal de Contas do Distrito Federal. VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. (org.). *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 238

⁴¹⁰ CÂMARA, 2009, p. 3, nota 107.

⁴¹¹ Em citação apudiana de Antônio Maria Lorca Navarrete, Selma Lemes “preleciona que a existência da arbitragem implica no desenvolvimento de um sistema de garantias processuais que possuem projeção

pois, como enfatizado algures, a arbitragem é dotada de incontornável natureza jurisdicional, ainda que esta seja percebida como mesclada aos atributos contratuais. Ademais, uma vez que se trata do exercício da autonomia da vontade, expressa pela Administração Pública a opção pela via arbitral⁴¹³, restará assegurado o acesso à justiça:

O juízo arbitral, mesmo da forma como era antes tratado nos Códigos Civil e de Processo Civil, já configurava uma justiça ou uma jurisdição privada, sendo assim, a utilização deste instituto, não desrespeita em nenhum aspecto, [sic] o princípio do controle judicial dos atos ameaçadores ou lesionadores de direito contido no art. 5º, inc. XXXV.⁴¹⁴

Francisco Maia Neto⁴¹⁵ faz alusão ao voto da lavra do Min. Carlos Mário da Silva Velloso para afirmar que as partes têm a faculdade de renunciar ao direito de recorrer à justiça e que “o inciso XXXV representa um direito à ação, e não deve ser um dever”.

Veja-se, ainda, interessante reflexão de José Arnaldo da Fonseca⁴¹⁶ acerca da suposta quebra do princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal:

constitucional, denominada teoria garantista do procedimento arbitral, que devera ser assumida pelo árbitro, posto que se assim não fosse se desconheceria a existência do direito fundamental ao devido processo através da arbitragem, impedindo-se a tutela jurídica efetiva consagrada nos textos constitucionais apontados e também nas Declarações, Pactos e Convenções Internacionais. Cf. LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem: princípios jurídicos fundamentais; direito brasileiro e comparado / Selma Maria Ferreira Lemes. In: *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 115, p. 441-468, jul./set. 1992. pp. 448-449

⁴¹² Segundo Pedro A. Batista Martins “[...] não há no preceito constitucional, seja explícita ou implicitamente, nenhuma proibição que possa levar o intérprete a concluir pela impossibilidade de qualquer pessoa resolver suas controvérsias fora da arena judicial. O cidadão tem autoridade para transacionar o seu direito, ou até mesmo a ele renunciar. Esta questão, por sinal, se encontra superada na doutrina e jurisprudência comparada. [...] Por seu turno, o Pleno do STF já teve a oportunidade de manifestar-se pela constitucionalidade da arbitragem em causa contra a Fazenda Pública”. Cf. O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro anos da Lei 9.307/96 (4.ª e última parte). In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 13, jul.-set. 2001. p. 370

⁴¹³ Para Leonardo Fiad “cumpre explicitar o motivo pelo qual não vulnera a inafastabilidade do controle jurisdicional o reconhecimento, por lei, da possibilidade de duas (ou mais) pessoas capazes de contratar submeterem seus litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis a um terceiro imparcial, cuja decisão possui eficácia semelhante a da sentença judicial. E ele reside precisamente na disponibilidade dos direitos e na capacidade do titular pessoalmente exercê-los”. Cf. *Op. Cit.*, 2006, p. 178, nota 363; Mais sobre a ausência de afronta ao acesso jurisdicional em: RICCI, Edoardo Flavio. Arbitragem e o art. 5, XXXV, da CF: reflexões sobre a doutrina brasileira / Edoardo Flavio Ricci In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 25, n. 99, p. 194-205, jul./set. 2000.

⁴¹⁴ VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Ainda sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem. In: *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, a. 6. n. 10, pp. 263-272, 2001. p. 265

⁴¹⁵ *Arbitragem: a solução extrajudicial de conflitos*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 23

⁴¹⁶ *Op. Cit.*, p. 57, nota 8.

Regra de máxima amplitude, o inc. XXXV do artigo 5.º da CF/1988 preconiza que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, sendo evidente que não cogita só de lei, mas também abrange os atos dos agentes públicos, que tencionem obstar o acesso à Justiça. Esse acesso formal aos órgãos judiciários não impede que o legislador - não o afastando, por vedação constitucional - possa fixar um novo modelo de solução de litígios antes de eventual ingresso em juízo, uma instância alternativa em ordem a poder se observar outro ditame de matriz constitucional: a resolução de pendências em tempo razoável, sem quebra do sistema.

Alexandre Câmara⁴¹⁷, para quem não se subtrai a jurisdição do Estado com a opção pela arbitragem, destaca que “a consagração da arbitragem não contraria a regra – essencial aos Estados Democráticos de Direito – de monopólio estatal da jurisdição”. Para o autor o monopólio estatal da jurisdição subsiste ao juízo arbitral, todavia preceitua que o Estado não está dotado do monopólio da realização da justiça, que pode ser alcançada por distintos meios, a incluir os meios extrajudiciais, porquanto a jurisdição estatal deve ser apreendida como apenas um daqueles que se disponibiliza aos potenciais interessados.

Vale, ainda, registrar que, quando demonstrada qualquer ilegalidade na prolação da decisão arbitral, a escolha da jurisdição privada não elide a possibilidade de intervenção jurisdicional para anular referido comando. Assim, a jurisdição estatal terá resguardada e mantida a sua relevância, tendo, apenas, de si apartada a possibilidade de manifestações judicantes quanto ao objeto litigioso que atrela a Administração Pública e o particular, que tenham convencionado socorrer-se do mecanismo extrajudicial.

A teor de considerações destacadas anteriormente, sustém-se a rejeição à utilização do instituto do juízo arbitral nas contratações públicas ao fundamento de que a Lei de Arbitragem somente se aplica a litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, previsão da L. 9307/96 em seu art. 1º, destarte, tendo em mente que os bens públicos são indisponíveis, sobrevém para parte da doutrina a justificativa posta à defesa da existência de uma vedação legal para a hipótese ventilada.⁴¹⁸

⁴¹⁷ CÂMARA, 2009, pp. 3-4, nota 107.

⁴¹⁸ FIGUEIREDO, 2004, p. 92, nota 405. Nesse diapasão, “A maioria da doutrina afirma a necessidade da suspensão toda vez que, no âmbito da arbitragem, surgir questão prejudicial sobre direitos indisponíveis. [...] Em suma: para os árbitros, os limites do poder decisório tornam-se, também, limites da cognição”. Cf. RICCI, Edoardo Flavio. Para uma interpretação restritiva do art. 25 da Lei de arbitragem. In: *Revista de Direito*

Outro aspecto relevante trata da indisponibilidade do direito “transacionado”, e assim, relaciona-se com a extensão de sua aplicabilidade nos contratos públicos⁴¹⁹.

Nas inflexões de Coelho Motta⁴²⁰, extrai-se que a matéria referente à transação em contratos públicos é “nos dias atuais, sobretudo relevante, porquanto a transação constitui o núcleo de inúmeros institutos pertinentes ao direito público em sua orientação contemporânea de flexibilidade e consensualidade”. Neste sentido, é oportuno coligir as seguintes considerações:

O momento consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, ganha relevo no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. O estabelecimento dos primeiros deixa de ser monopólio do Estado, para prolongar-se num espaço do público não-estatal, acarretando com isso uma proliferação dos chamados entes intermediários. Há um refluxo da imperatividade e uma ascensão da consensualidade; há uma redução da imposição unilateral e autoritária de decisões para valorizar a participação dos administrados quanto à formação da conduta administrativa. A Administração passa a assumir o papel de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Disto decorre uma nova maneira de agir focada sobre o ato como atividade aberta à colaboração dos indivíduos.⁴²¹

A indisponibilidade dos bens públicos não é tangenciada pela arbitragem, o que se opera pela inserção de cláusulas arbitrais nos contratos públicos é a mera escolha da jurisdição

Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, n. 10, p. 366-374, out./dez. 2000.

⁴¹⁹ Diz-se, ainda, que "a supremacia do interesse público sobre o interesse privado se traduz na possibilidade de o Estado determinar unilateralmente a alteração ou mesmo a rescisão do contrato, fiscalizar a atuação do contratado e aplicar-lhe sanções por eventual descumprimento de suas obrigações. O interesse público, por seu turno, é erigido à categoria de bem inapropriável e indisponível, valendo dizer que o agente político não tem o poder de renunciar a tais prerrogativas, as quais são sempre reconhecidas ao poder público. Em face dos traços especiais do contrato administrativo, suscitam-se freqüentemente dúvidas a respeito de poder, ou não, conter cláusula dispondo que eventuais controvérsias dele derivadas sejam dirimidas mediante arbitragem. É comum ouvir-se que os direitos do Estado são, em regra, indisponíveis, razão pela qual estariam fora da incidência da Lei de Arbitragem e, por conseguinte, inválida seria a cláusula compromissória." Cf. GREBLER, 2004, p. 62, nota 293.

⁴²⁰ Op. Cit., p. 441, nota 362.

⁴²¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 39, abr. 2002. p. 132

privada como decorrência da esfera das liberdades públicas, em prestígio ao necessário estreitamento e harmonização das relações entre Estado e a coletividade⁴²².

Relembra Clávio Valença⁴²³ que “ao submeter uma lide à arbitragem, os entes estatais ou para-estatais não estão, em nada, transigindo direitos ou interesses ou deles dispondo. Ao contrário, a lide submetida à arbitragem será decidida de acordo com o direito aplicável, cabendo ao árbitro, inclusive, a aplicação de regras ditas de ordem pública ou de aplicabilidade imperativa”, assim:

[...] o contrato poderá determinar solução amigável de conflitos ou desavenças. A regra remete à matéria da arbitragem, o que envolve disputa sobre o cabimento e a obrigatoriedade de compromisso arbitral em litígios de que participe pessoa de Direito Público.

Reputa-se que a cláusula é válida, especificamente no tocante à composição de questões de fato. Se é necessário reconhecer a impossibilidade de transação ou disposição à propósito do interesse público, também é inquestionável que a apuração de questões de fato apresenta outra natureza. Não se trata de dispor sobre direitos ou interesses, mas de promover reconstrução histórica de eventos passados.⁴²⁴

Com lastro nas ponderações acima transcritas, Selma Ferreira Lemes⁴²⁵ elucida de maneira performática como se podem eliminar as celeumas acerca da indisponibilidade dos interesses públicos, formulando a tipificação de modalidades de incidência e aplicação:

O Estado, para atingir as atividades-fim, tutela interesses extremamente relevantes para a sociedade, posto que relacionados ao bem-estar, saúde, segurança em que o ordenamento legal os classifica de afetos ao “interesse público”. Os interesses que tutelam são considerados supremos e indisponíveis. Mas essa indisponibilidade, apesar de ser regra, comporta relativização. A indisponibilidade pressupõe a inegociabilidade, que só pode ocorrer por vias políticas e na forma legal. Mas para executar as atividades-meio, a indisponibilidade é relativa, pode ser negociada e recai sobre os “interesses públicos derivados”, para atuar nesta órbita, a Administração demanda autorização constitucional genérica (arts. 18, 37, caput) e, às vezes, autorização legal (por exemplo, arts. 49, I, XVI e XVII da CF). [...] Podemos classificar os interesses públicos em “primários” e “secundários” (instrumentais ou

⁴²² FERREIRA NETO, 2008, p. 61, nota 381.

⁴²³ VALENÇA FILHO, 2008, p. 238, nota 410.

⁴²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 327

⁴²⁵ LEMES, 2007. pp. 130-131, nota 376.

derivados). Os interesses públicos primários são indisponíveis e, por sua vez, os interesses públicos derivados têm natureza instrumental e existem para operacionalizar aqueles, com características patrimoniais e, por isso, são disponíveis e suscetíveis de apreciação arbitral. Esta conclusão, portanto, traz à tona a solução com referência à matéria suscetível de ser submetida à arbitragem: os interesses públicos derivados, de natureza instrumental e com características patrimoniais dispostos em contrato.

Faz-se necessário, pois, não se equivocar com as fixações dos institutos, pois são essas incorreções que robustecem a alegação de que a opção pela via arbitral é uma prática atentatória ao ordenamento jurídico-constitucional, e essa categorização deve ser rechaçada.

Quiçá com a cabal demonstração de ilegalidade do instituto seria possível tentar compreender os motivos de tão peremptória reação ao método heterocompositivo, haja vista que, até mesmo diante de uma observação superficial e desatenta, é clarividente que ao se tratar de direitos patrimoniais disponíveis, como o são as contratações públicas, não há que se falar de bens fora do comércio⁴²⁶, ou de indisponibilidade de interesses públicos.

Sabe-se que “o uso da arbitragem para solucionar conflitos da administração pública é um tema ainda controverso no Brasil. Embora não trate especificamente dessa possibilidade, a Lei de Arbitragem também não a exclui”⁴²⁷, adicione-se, pois:

Pode-se, portanto, realizar uma perfeita analogia entre a arbitragem entre particulares e a arbitragem envolvendo a Administração Pública: em ambas as hipóteses apenas o titular de direitos tem, em regra, poderes para deles dispor. O gestor de interesses alheios dependerá, para este mister, de outorga de poderes especiais. Entre particulares, o poder especial de disposição ser-lhe-á atribuído por mandato conferido pelo titular de direitos ou, excepcionalmente (e sempre tendo em vista o melhor interesse do titular dos direitos), por lei. No caso da Administração Pública, ela própria gestora de interesses alheios, a possibilidade de disposição, e, por conseguinte, da utilização da via arbitral como meio de solução dos seus conflitos, apenas dar-se-á quando autorizada pelo ordenamento jurídico. A lei – aqui entendida em sentido lato – é o instrumento de que vale o

⁴²⁶ MELLO, 2009, p. 711, nota 397.

⁴²⁷ MAGRO, Maíra; BAETA, Zínia. A arbitragem e a administração pública, pp. 78-79. In: *Guia valor econômico de arbitragem*. São Paulo: Globo, 2004. p. 78; Corrobora com a sustentação apontada: TÁCITO, Caio. O juízo arbitral em direito administrativo. pp. 23-28. In: *Reflexões sobre arbitragem*: in memoriam do desembargador Cláudio Vianna de Lima / coordenação, Pedro A. Batista Martins, José Maria Rossani Garcez. São Paulo: LTr, 2002. p. 23

povo (titular de interesses) para outorgar à Administração este poder especial de disposição, que – não custa repetir – não é aleatório e deve estar em consonância com a promoção do estado de coisas preconizado pela Constituição Federal⁴²⁸.

No que atine à suposta ofensa ao princípio da legalidade, convém invocar que a ausência de previsão expressa em todos os diplomas relacionados às contratações públicas, em especial àquelas firmadas com esteio na Lei nº 8666/93, não são empecilhos à utilização do instituto. A rigor, o silêncio da lei em matérias contratuais oportuniza a liberdade de atuação, jamais resultará em uma vedação, e, nesse giro, convém observar a expressão do Art. 54 do diploma em comento.

Esta é a percepção que se dessume da inflexão de Siddharta Ferreira⁴²⁹ que proclama a legalidade administrativa, como uma vinculação positiva à lei, transmutada em vinculação administrativa à Constituição, de modo que a lei é filtrada pela lente constitucional, da qual não pode se apartar o acesso à justiça e à duração razoável do processo.

A doutrina conservadora enaltece o entendimento clássico de que “como a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei expressamente autoriza (princípio da legalidade estrita), segue-se que não poderá submeter-se à cláusula arbitral.”⁴³⁰

Paulo César Moreira Teixeira⁴³¹ atenua a referida assertiva, em releitura apudiana de Hely Lopes Meirelles, para coligar que a alegação de ausência de autorização legal específica de submissão dos contratos realizados entre Administração e as empresas privadas são impeditivos à arbitragem dimana da incompreensão da realização de contratos pela

⁴²⁸ FIAD, 2006, pp. 182-183, nota 363.

⁴²⁹ FERREIRA, 2008, pp. 13-14, nota 310. Sob este tópico, após proceder a uma análise detalhada das concepções do princípio da legalidade, firmada no matiz constitucional contemporâneo, Rafaella Ferraz sustenta que o dogma intocável do princípio da legalidade administrativa deve ser abandonado, sob pena de descambar para o indesejável legalismo kelseniano. Apregoa, assim, que o decantado pós-positivismo não comporta a manutenção do legalismo, sobrevivendo de forma destacada a nova feição do princípio da juridicidade, a suplantar rigorismos e estapafúrdias exigências de estabelecimento de fixações normativas, ainda que em prejuízo à carreira principiológica. Cf. *Op. Cit.*, pp. 26-29, nota 390.

⁴³⁰ CARVALHO, Antonio Gledson de; OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, 2001. p. 72.

⁴³¹ TEIXEIRA; ANDREATA, 1997, pp. 61-62, nota 31.

administração pública de natureza semi-pública, que, portanto, não são regidos exclusivamente por dispositivos de direito administrativo. Percebe-se que o Autor adota uma teoria moderada, mais preleciona que a natureza semi-pública das contratações autoriza tão-somente sua recepção pelas pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta⁴³².

No que diz respeito à contratação dos entes políticos, autárquicos e fundacionais, o referido doutrinador se embrenha na sustentação da indispensabilidade de autorização legislativa para utilização da arbitragem, e após enunciar que “a Lei da Arbitragem tem um dos mais altos e acentuados graus de interesse e ordem pública”⁴³³, socorre-se das disposições dos Art.s 22, 24 e 30 da Constituição Federal para incitar aos entes políticos a legislares concorrentemente normas gerais de licitação e contratação, que gravem o permissivo à utilização da via arbitral⁴³⁴.

Clávio Valença⁴³⁵ assevera que “a validade das convenções de arbitragem insertas em contratos administrativos deriva diretamente da natureza jurisdicional da arbitragem, sendo, para tanto, despicienda qualquer forma de autorização legislativa”

Habitualmente, indaga-se a possibilidade de atenuação da aplicação da legalidade estrita, evocando como questão de grande relevância a manutenção de “peculiaridades na conformação do Princípio da Legalidade nas relações jurídicas entre particulares e Administração Pública que não fossem relações *ex lege*, mas sim oriundas do livre acordo do particular.”⁴³⁶

⁴³² Em consonância com o posicionamento apontado: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p. 497; MEDAUAR, Odete. *Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 1998. p. 253

⁴³³ TEIXEIRA; ANDREATTA, 1997, p. 63, nota 31.

⁴³⁴ *Id.*, *ibid.*, pp. 62-63

⁴³⁵ VALENÇA FILHO, 2008, p. 241, nota 410.

⁴³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 42, n. 167, pp. 293-310, jul./set. 2005. p. 299

Grifa-se, assim, que a alegação de que o princípio da legalidade administrativa funciona como um entrave à arbitragem, somente se oportunizando a transposição de tais óbices por lei autorizativa expressa, se apegando à vinculação positiva à lei, há muito abandonada.⁴³⁷

Observa Rafaella Ferraz que, em não havendo a submissão ao princípio da reserva legal, ou seja, nas matérias em que somente lei específica pode regular determinado assunto, a Administração se legitima pelo ordenamento considerado em seu contexto, fundamentando-se nos preceitos constitucionais e na proativa contribuição social ao desempenho da função administrativa⁴³⁸.

No que atenta aos supostos entraves trazidos pela confidencialidade, merece registro que referida previsão do procedimento arbitral, como todos os demais princípios jurídicos comportam exceção:

Quanto a confidencialidade/privacidade, não existem também quaisquer dúvidas que a arbitragem se diferencia substancialmente do judiciário, em que a regra é a publicidade. Mas também, aqui, fica registrado que essa confidencialidade não é um dogma e se isso for útil ou necessário para as partes pode ser afastada, como acontece, por exemplo, em contratos envolvendo interesse público, que exijam publicidade.⁴³⁹

Ao se cogitar que a natureza jurídica ou regime jurídico das entidades públicas são óbices à adoção da arbitragem, consagra-se o maior equívoco dos doutrinadores tradicionalistas, porquanto é irrelevante apurar ou perquirir a natureza jurídica e os objetivos funcionais da entidade pública⁴⁴⁰, como já pacificou o Pretório Excelso⁴⁴¹, sendo ainda mais

⁴³⁷ BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (ppps) e a Constituição. In: *Revista de Direito Administrativo*. v. 241, Rio de Janeiro, jul.-set. 2005. pp. 173-175.

⁴³⁸ *Op. Cit.*, p. 30, nota 390.

⁴³⁹ GARCEZ, 2007, p. 36, nota 05.

⁴⁴⁰ LEMES, Selma M. Ferreira. A Arbitragem e os Novos Rumos Empreendidos na Administração Pública – a Empresa Estatal, o Estado e a Concessão de Serviço Público. In: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 178

⁴⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1552 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/1998, DJ 17-04-1998 pp-00002 ement. v.-01906-01 pp-00088. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=empresas públicas\(@JULG=>19970417\)\(@JULG<=19980417\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=empresas+públicas(@JULG=>19970417)(@JULG<=19980417)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 mai. 10

injustificável a idéia de que tão-somente as empresas estatais poderiam ser contempladas com a utilização do instituto.

Na esteira de Adilson Abreu Dallari⁴⁴², ousa-se vislumbrar que para todos os entes políticos, empresas estatais e subsidiárias, a opção pelo foro arbitral é viável e jurígena, por se coadunar com os preceitos insertos no Art. 54 da Lei 8666/93.

A taxatividade da opinião de Ada Pellegrini Grinover em matéria processual dispensa maiores digressões, e nesse sentir, a autora pacifica as controvérsias asseverando que “não deve pairar qualquer dúvida sobre a admissibilidade da arbitragem envolvendo a Administração e, com maior certeza, órgãos da Administração indireta”⁴⁴³.

3.1.3. Argumentos da posição favorável à solução dos conflitos com entes públicos por arbitragem

O resgate dos mecanismos de heterocomposição privada não obstou que os avanços se operassem de forma meramente pendular, e que a continuada percepção dos potenciais benefícios do instituto arbitral não afastasse a habitual resistência, posto que impregnada com as impressões de outrora⁴⁴⁴.

Outrossim, surgem como principais argumentos favoráveis à utilização da arbitragem na eliminação de litígios administrativos, a constatação óbvia de que a Administração

⁴⁴² Arbitragem na concessão de serviço público. In: *Revista de informação legislativa*, v. 32, n. 128, pp. 63-67, out./dez. 1995. p. 65

⁴⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 233, jul-set. 2003. p. 35

⁴⁴⁴ VALENÇA FILHO, Cláudio. Validade e Eficácia da Convenção de Arbitragem em contratos administrativos. pp. 436-453. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 437-448 *passim*; ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à lei de arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 79

também pratica atos de gestão⁴⁴⁵, equiparando-se, nesses casos, ao particular (art. 173, § 1º, CF).

Em seguida, opera-se a distinção entre os interesses públicos primários dos secundários ou derivados, para trazer à lume a constatação de que não se cogita a usurpação privada de atribuição jurisdicional, no que se refere à preservação de direitos indisponíveis.

Referida compreensão do tema é salientada por Arnaldo Wald⁴⁴⁶ para quem incumbiu à jurisprudência pátria a retomada da distinção das matérias envolvendo a Administração, que realmente são de interesse público, logo, indisponíveis, daquelas que são de interesse patrimonial, e, por conseguinte, passíveis de serem sujeitas à arbitragem, para tanto assegura que os Tribunais superiores reanimaram a distinção já obrada pela doutrina:

Na realidade, [o entendimento jurisprudencial] retomou a distinção que boa parte da doutrina já fazia entre atos de império e atos de gestão para definir quais são as questões arbitráveis e quais as questões inarbitráveis, pois a Administração não atua, em tempo integral, no interesse público, praticando, em diversas ocasiões, atos em interesse exclusivamente próprio, praticando, em diversas ocasiões, atos em interesse exclusivamente próprio (os chamados “interesses secundários”). E é justamente porque atua em determinadas situações, em interesse próprio – observados os limites impostos pelo interesse público – que pode recorrer aos mesmos instrumentos convencionais dos entes privados e que, ao assim proceder, deve se sujeitar às mesmas regras e princípios às que estes últimos estão vinculados.

Ato contínuo, insta registrar que em prestígio à segurança jurídica, e à manutenção dos interesses jurídicos primários, exige-se rapidez, flexibilidade e a especialização da solução do embate, exigências facilmente atingidas pela via arbitral.

A partir de tais destaques, passa-se a discorrer sobre cada uma das conclusões que legitimam a utilização da via arbitral.

⁴⁴⁵ MOTTA, 2004, p. 191, nota 319.

⁴⁴⁶ WALD, Arnaldo; GALÍNDEZ, Valeria. Administrativo: mandado de segurança; permissão de área portuária; celebração de cláusula compromissória; juízo arbitral; sociedade de economia mista; possibilidade; atentado. In: *Revista de arbitragem e mediação*, v. 3, n. 11, pp. 194-221, out./dez. 2006. p. 218

Acompanhando a tendência legislativa mundial e frente à denominada comercialização do direito administrativo, a legislação brasileira atinente às relações de âmbito estatal tem se vocacionado à aceitação da arbitragem como um método factível à eliminação de contendas administrativas⁴⁴⁷, como reflexo da mudança de postura esperada para produção de normas jurídicas de gestão dos interesses públicos. Fundamentada em tais possibilidades, merece ênfase a explanação que segue:

A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem). Em suma, a consensualidade como alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional (ex: o poder de polícia). A partir desses dados, pode-se estabelecer uma tipologia da consensualidade em referência às funções fundamentais do Estado. *Primo*, a consensualidade na produção das normas, com o reaparecimento de fontes alternativas, fontes consensuais e de fontes extraestatais: a regulática. *Secundo*, a consensualidade na administração de interesses públicos, com o emprego das formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração. *Tertio*, a consensualidade na solução dos conflitos, com a adoção de formas alternativas de composição⁴⁴⁸.

Demonstrando a acuidade normalmente expressa em suas considerações, cabe registrar a identificação de uma viragem no posicionamento da inadmissão de formas alternativas de composição pela Administração Pública:

O que se pretende destacar, entretanto, é a previsão legal de solução amigável. Ou seja, que já existe previsão legal expressa de solução amigável dos conflitos envolvendo a Administração Pública, sem que isso signifique lesão ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. É conveniente lembrar que a arbitragem na Administração Pública, antes totalmente proscrita pela legislação e pela jurisprudência, já começa a ser aceita.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. O poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei nº 9307/96 (3ª parte). In: *Revista forense*: mensário nacional de doutrina, jurisprudência e legislação. v. 359, pp. 165-179, 2002. p. 175

⁴⁴⁸ MOREIRA NETO, 2007, p. 41, nota 288 (destaque nosso).

⁴⁴⁹ DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. a. 42, n. 165, jan.-mar. 2005. p. 16

Como dito por Pedro de Menezes Niebuhr⁴⁵⁰, é premente que se supere a visão isolada, fragmentada, e o dogma de alguns postulados administrativos tradicionais, para que se veja que a possibilidade de adoção da arbitragem em contratos públicos atende à boa fé e as primados da eficiência.

Dissertando sobre a oportunização de métodos heterocompositivos privados à Administração Pública, Gustavo Binbenojm⁴⁵¹ salienta que parte da doutrina tradicional, equivocadamente, arregimenta impedimentos de ordem constitucional à aceitação de cláusulas de arbitragem em contratos públicos.

As opiniões contrárias à aceitação da via arbitral parecem não perceber que a escolha da arbitragem não denota negligência do Estado com a coisa pública⁴⁵², e sim demonstração de zelo e busca por sua efetiva conservação, eis que, ao se ter como parâmetro a tutela jurisdicional estatal, a resolução será apresentada com maior brevidade, e, por conseqüência, a finalidade pública restará assegurada pelo deslinde da controvérsia através do meio extrajudicial⁴⁵³.

Prestigia Edimur Ferreira de Faria⁴⁵⁴ aresto paradigmático do Superior Tribunal de Justiça afirmando que “não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público”. Prossegue, ainda, esclarecendo que o “interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública”.

⁴⁵⁰ *Parcerias público privadas*: perspectiva constitucional brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 249

⁴⁵¹ BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (ppps) e a Constituição. In: *Revista de Direito Administrativo*. v. 241, Rio de Janeiro, jul.-set. 2005. pp. 173-175.

⁴⁵² MARTINS, Pedro A. Batista. O poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei nº 9307/96 (3ª parte). In: *Revista forense*: mensário nacional de doutrina, jurisprudência e legislação. v. 359, pp. 165-179, 2002. p. 171.

⁴⁵³ Por todos, acerca da aceitação da arbitragem em litígios administrativos, vide: TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, v. 210, pp. 111-115, out./dez. 1997.

⁴⁵⁴ *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 455

Exortando a corrente que não observa qualquer afronta aos primados constitucionais implícitos da atividade administrativa, e observa a adoção da via arbitral como demonstração de boa fé da Administração Pública, Pedro Niebuhr preleciona:

O interesse público não reside na postergação ou no retardo do adimplemento das obrigações contraídas pelo Poder Público. Em sentido oposto, o interesse público repousa em ver o Estado, enquanto entidade dotada de capacidade jurídica, respeitar as avenças firmadas, os direitos legitimamente adquiridos. Não obstante, que o faça de modo instantâneo, ou de modo mais célere possível, claro que sempre em atenção aos princípios basilares do regime público, inafastáveis em sede de arbitragem.

Hely Lopes Meirelles⁴⁵⁵ soluciona a controvérsia da suposta indisponibilidade dos direitos envolvidos, promovendo a separação do interesse primário, entendido como a meta da finalidade pública perquirida, ao passo que o interesse secundário ou derivado seria todo o aporte instrumental para atingimento daquele.

Com lastro em aludida compreensão do tema, não é demasiado concluir que pela disponibilidade dos “interesses e direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo, normalmente, objeto de contratação que vise dotar a Administração ou seus delegados, dos meios instrumentais a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado”⁴⁵⁶.

Considerando que a utilização do instrumental para o alcance da finalidade pública se resolve em relações patrimoniais, devem ser concebidos como direitos disponíveis, insertos no campo da liberdade contratual da Administração⁴⁵⁷, daí decorre a autorização legal para a Administração Pública valer-se da arbitragem para dirimir conflitos referentes a estes interesses secundários⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ MEIRELLES, 2010, p. 249, nota 316.

⁴⁵⁶ MOREIRA NETO, 2007, p. 228, nota 288.

⁴⁵⁷ MEIRELLES, 2010, p. 249, nota 316.

⁴⁵⁸ SOLUÇÃO de Controvérsias relativas ao equilíbrio econômico-financeiro por vias extrajudiciais. In: *Equilíbrio econômico-financeiro contratual*: no direito administrativo e no direito civil./ Renata Faria Lima. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. pp. 224-225

De forma percuciente, enfeixa-se a matéria enfrentada neste tópico, atentando para o perigo de interpretações restritivas que potencializam a denegação de acesso à justiça ansiada⁴⁵⁹:

A sociedade e os valores de justiça não têm nada a ganhar com interpretações que se esquecem das finalidades do Direito e se encastelam em posturas meramente exegéticas, obliterada a visão do intérprete por um excessivo formalismo.

Por seu turno, a Lei n. 9.307/96 surge, sobretudo, para revigorar a arbitragem no Brasil, o que decorre da consciência do legislador de que, sob certas condições, esta forma de solução de controvérsias pode produzir vantagens para as partes. Para tanto, esteia-se na autonomia da vontade, mas indica que a ordem pública lança, sim, suas sombras sobre o âmbito dos conflitos arbitráveis em vários dispositivos, como a própria norma de seu art. 1º [...]⁴⁶⁰.

Nesse diapasão, segundo avalia Arnaldo Wald⁴⁶¹, a sugestão de vedação ao uso da arbitragem pelo Estado e demais pessoas jurídicas de direito público está tecnicamente errada e contraria tanto as nossas tradições jurídicas como os verdadeiros interesses públicos, representando um evidente retrocesso, todavia, espantosamente essa hipótese chegou a ser incluída na Proposta de Emenda Constitucional que se convolou na “Reforma do Judiciário” pela EC nº 45/2004:

Felizmente, a citada Emenda, quando em vigência, deixou de trazer tal proibição, na medida em que foi acolhida proposta do Senador Romeu Tuma do estado de São Paulo, derrubando a proibição imposta às entidades de direito público de recorrer à arbitragem, incluída pelo Governo no Projeto de Parceria Público-Privada (PPP). Tal proibição seria um retrocesso na legislação brasileira, já que seria posto de lado um mecanismo alternativo de solução de controvérsias adotado no contexto da sociedade tanto nacional como internacional.⁴⁶²

Não se pode seriamente refutar que a incorporação da arbitragem em litígios administrativos retrata a evolução do direito administrativo, focalizando, assim, o direito participativo, a busca por uma maior flexibilidade da atuação estatal, ademais, a opção

⁴⁵⁹ ZIMMERMANN, Dennys. Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça : por uma nova concepção do que seja interesse público / Dennys Zimmermann. In: *Revista de arbitragem e mediação*, v. 4, n. 12, p. 69-93, jan./mar. 2007. *passim*

⁴⁶⁰ COSTA, 2010, p. 116, nota 218.

⁴⁶¹ O Estado e a arbitragem. In: *Valor*, São Paulo, 15 abr. 2004. p. B2

⁴⁶² ROSÁRIO, 2009, p. 234, nota 151.

pelo instituto se consagra em prestígio ao princípio constitucional da eficiência⁴⁶³⁻⁴⁶⁴, ao passo que a via arbitral resulta na redução de custos e riscos, em harmonia assim com o método empregado pela escola *Law and Economics*⁴⁶⁵⁻⁴⁶⁶.

A arbitragem terá papel fundamental nos novos contratos administrativos, em especial nas parcerias público privadas (Lei Federal nº 10.079/04, art. 11, III) e nas reguladas em leis estaduais, representando fator definidor do negócio, pois que diretamente relacionada com os custos de transação que repercutem no preço do negócio. A definição da arbitrabilidade objetiva (matéria a ser solucionada por arbitragem) é ampla. A arbitragem nestes contratos é inteiramente importada do direito civil e processual civil e neste sentido o conceito de direito patrimonial disponível (art. 1º da LA) refere-se ao negócio integral; até as repercussões econômicas das cláusulas exorbitantes, assim qualificadas no direito administrativo, são suscetíveis de serem submetidas aos árbitros⁴⁶⁷.

Pela arbitragem propicia-se, pois, um contorno aos males próprios da morosidade e da ausência de especialização do Judiciário, porquanto, diversamente do que se possa cogitar, é a Administração Pública a maior prejudicada pelo retardamento dos processos judiciais comuns, nomeadamente em relação às previsões orçamentárias, pois a imprevisão da apreciação, além de gerar insegurança, cria débitos assombrosos, em virtude da correção monetária e da incidência de juros moratórios e compensatórios⁴⁶⁸.

Acaso permaneça o país sustentando as bandeiras do exercício da supremacia do interesse público, e manutenção da soberania pelo acatamento exclusivo aos comandos do Judiciário, perdurará a condição estatal de apartamento da realidade internacional,

⁴⁶³ ZIMMERMANN, 2007, *op. cit.*

⁴⁶⁴ Registra-se o costumeiro estabelecimento de “uma conexão entre os diplomas normativos que trazem a previsão da arbitragem e o princípio constitucional da eficiência[...]. Dito de outra maneira: a arbitragem quando prevista pelo legislador, traduz uma projeção específica – uma mediação densificadora – do princípio da eficiência.” Cf. FIAD, 2006, p. 190, nota 342.

⁴⁶⁵ TIMM, 2009, p. 165, nota 347.

⁴⁶⁶ Anota-se a esse respeito, que a arbitragem exalta, ainda, os princípios republicano e da vedação de retrocesso: “A rapidez, a economia, a redução de formalismos e, em muitas vezes, a maior legitimidade dos árbitros, aliadas ao dever de sigilo têm sido relevantes argumentos em favor da opção pela arbitragem. Isso acaba por *reduzir o risco e o custo das transações*, atuando *per se* como um fator de fomento econômico, atraindo novos investimentos, que alavancam o desenvolvimento nacional, um dos objetivos da República que conduzem à busca do pleno emprego, à redução das desigualdades regionais, à erradicação da pobreza, e, por consequência, ao mais relevante de todos, qual seja, a dignidade da pessoa humana.” Cf. MOREIRA NETO; SOUTO, 2004, p. 225, nota 315.

⁴⁶⁷ LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem: visão pragmática do presente e do futuro. *Informativo Migalhas*. 11 ago. 2005. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 13 mar. 2011.

⁴⁶⁸ MEIRELLES, 2010, p. 345, nota 316.

nomeadamente no aguardo infindo por resoluções de contendas contratuais no âmbito administrativo perfeitamente subsumíveis à via arbitral:

De se observar que ao se referir a pessoas capazes de contratar, incluída ficou a figura do Estado (Estado nas suas várias acepções de Estado) que, em se tratando de direitos disponíveis, também poderá socorrer-se deste saudável instituto da arbitragem. O Estado brasileiro, ao lado de ser o grande agente contratador, tem sido também um grande Estado inadimplente com as suas obrigações contratuais. Saudável, portanto, que este Estado, na parte em que concorrente com a iniciativa privada e mesmo em várias de suas atribuições institucionais, se submeta a este novo tipo de julgamento. Para o Estado, eis aí uma oportunidade imperdível, um caminho límpido para ele despir-se de muitos de seus privilégios.⁴⁶⁹

Manifesta-se uma propensão à abertura ao instituto arbitral, porquanto as leis de regência dos mais importantes contratos da Administração Pública têm previsto a adoção da arbitragem e de meios consensuais para resolução do litígio. Na ausência de previsão legal, a solução arbitral ou consensual deve ser utilizada se for a que melhor atende ao interesse público⁴⁷⁰.

Fato é que a ordem jurídica nacional não pode restar ensimesmada em conservadorismo extremado, inviabilizando a aplicação da via arbitral⁴⁷¹. Não exorbita cogitar uma substancial reformulação na concepção de resolução de contendas deflagradas no âmbito dos contratos públicos, ainda que tal alteração provenha de esforços de *lege ferenda*, a teor do Projeto de Lei que autoriza o emprego da arbitragem para solução de conflitos, pela inclusão do § 5º, art. 40 na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8666/93).

⁴⁶⁹SILVA, José Anchieta da. *Arbitragem dos contratos comerciais no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. pp. 41-42

⁴⁷⁰FIAD, 2006, p. 190, nota 363.

⁴⁷¹Na ausência de previsão legal, a Administração Pública pode (e deve) haurir a “autorização *diretamente* do princípio da eficiência, Contudo, a ausência de regra autorizativa que faça a mencionada mediação densificadora entre o princípio da eficiência – cujo conteúdo é abertíssimo - e o caso concreto faz com que a recaia sobre a Administração um maior ônus argumentativo acerca da justificação da sua opção.” Cf. FIAD, 2006, p. 190, nota 363. Em nota de rodapé explicativa à sustentação destacada, na página do texto registrado, prossegue Leonardo Fiad: “Com efeito, o altíssimo grau de abstração da expressão ‘princípio da eficiência’ desautoriza a instituição da arbitragem (ou de algum modo de solução consensual de conflitos) a partir da sua mera invocação. Assim – ausente a autorização explícita – haverá que se demonstrar logicamente, levando-se em conta os pressupostos fáticos e normativos incidentes sobre a questão, as razões pelas quais a solução arbitral (ou consensual) é a que melhor atende ao interesse público. Em outras palavras: proceder-se-á, no caso específico, a um esforço argumentativo – objetivo tanto quanto possível – com o fito de conferir substância ao princípio da eficiência, demonstrando-se, afinal, que a solução alvitada pela Administração é a que melhor o concretiza”.

3.2. Arbitragem internacional com entes públicos

Destaca-se entre os métodos heterocompositivos⁴⁷² a Arbitragem Comercial Internacional, por ser um método de resolução de litígios amplamente utilizado em contratos comerciais.

O constante convívio comercial entre os países inviabiliza a manutenção de práticas isolacionistas⁴⁷³, assim, seja movidos pela satisfação de necessidades básicas, supérfluas ou por mera demonstração de *status*, seja por predisposição à mercancia, a participação no cenário internacional é imanente à condição estatal⁴⁷⁴.

Cabe, pois, ressaltar a abordagem que será adotada neste ensaio: considera-se que vigora o sistema econômico aberto⁴⁷⁵, e nesse diapasão, relações com outros países e com os particulares daqueles são prementes a todos aqueles que interagem no comércio internacional⁴⁷⁶.

Em tempos regidos pelas leis de mercado e pelo desenvolvimento constante da tecnologia, há a crescente integração e interdependência entre os Estados⁴⁷⁷, admitidos como sujeitos

⁴⁷²Adotando a concepção de método heterocompositivo da Arbitragem: AMARAL, Lídia Miranda de Lima. *Mediação e Arbitragem*: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil. São Paulo: LTr, 1994. p. 17; NERY Junior, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 105-123.

⁴⁷³ *POLÍTICA e estratégia*. v. 4. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Estratégicos do CONVIVIO - Sociedade Brasileira de Cultura, 1986. p. 461

⁴⁷⁴ A este respeito, sobrevém a configuração afirmativa da *lex mercatoria*, a destacar que os atributos da regulamentação de mercado “constitui-se em um desafio histórico, e mais do que nunca importante, nesta etapa de globalização e de aprofundamento do neoliberalismo, enquanto discurso oficializado da pauta política global”. Cf. CARVALHO, Leonardo Arquimino de. *Política internacional, política externa & relações internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 213

⁴⁷⁵ LEAL Rosemiro Pereira. *Direito econômico: soberania e mercado mundial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 48

⁴⁷⁶ Para mais sobre as elementares do comércio internacional, com enfoque na delimitação de sua evolução e seu direcionamento econômico-filosófico, inclusive com os respectivos detalhamentos histórico e quantitativo, *vide*: BARRAL, 2007, pp. 16-23, nota 237.

⁴⁷⁷ BÖHLKE, Marcelo. *Integração regional & autonomia do seu ordenamento jurídico*. 1. ed., 4ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2007. pp. 32-34

da vida internacional⁴⁷⁸, e nesta mesma esteira são partícipes das relações internacionais as empresas e os indivíduos, sobretudo pelo prisma comercial.

Eventos como a acelerada efetivação da mundialização da economia, a consagração de mecanismos de desconcentração do aparato estatal, ademais, a internacionalização do Estado, a desterritorialização da produção e sua fragmentação, enfim, o advento abrupto do desenvolvimento atual do sistema capitalista⁴⁷⁹, com suas rupturas jurídico-institucionais, acabou provocando uma progressiva deterioração dos sistemas normativos nacionais, erigido nas estruturas organizacionistas do Estado Liberal do século XIX⁴⁸⁰.

Em observância ao atual período de transição capitalista – focalizando o vertiginoso crescimento dos mercados mundiais e o pujante afloramento de sistemas transnacionais–, constata-se o decréscimo do protagonismo do Estado⁴⁸¹, não mais evidenciado como unidade estanque de produção e de aplicação do direito, e a promoção de novas instâncias de articulação política e jurídica, frutos da efervescência conjuntural em grifo.

A somatória das circunstâncias narradas fomenta ocorrências paradoxais. Sublinha-se:

Diferentemente do que uma visão apressada da mundialização pode fazer crer, o mundo vive um momento de afirmação dos interesses nacionais provocada justamente pelo acirramento da concorrência entre nações que a internacionalização capitalista gerou. Essa realidade repõe com uma força ainda maior a necessidade do uso do Estado por parte dos capitais nacionais que tenham a pretensão de ampliar seu espaço na cena mundial.⁴⁸²

⁴⁷⁸MOREIRA, Adriano. *Política internacional*. Edição 1 de Coleção de ciencias sociais. Porto Alegre: Portucalense, 1970. p. 77

⁴⁷⁹ Para Boaventura Sousa Santos, a etapa em grifo pode ser alcunhada como a “Era do capitalismo desorganizado”. Cf. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. In: *Para um novo censo comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. v. I. São Paulo: Cortez, 2000.

⁴⁸⁰FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 10

⁴⁸¹FELIX, Loussia. Um olhar para além da crise / Loussia Felix. *Getúlio* / Fundação Getúlio Vargas (FGV), v.2, n.7, p.42-43, jan. 2008.

⁴⁸²FARIA, Luís Augusto E. Política externa e desenvolvimento: O Brasil na (nova?) ordem mundial. In: *Direito no século XXI*. Elizabeth Accioly (coord.)./ Curitiba: Juruá, 2008. pp. 349-363, especialmente p. 360

As circunstâncias fáticas globais apontam para a certeza de que “a emergência do nacionalismo parece ser a característica mais marcante deste começo de século e está reorientando a mudança de desenho da ordem internacional do presente”⁴⁸³.

A teor do que se sustentou até o presente momento, imperava no ordenamento jurídico brasileiro certo repúdio à via arbitral, fruto da demanda de protagonismo do Poder Judiciário⁴⁸⁴ e da histórica perda de popularidade da arbitragem em solo pátrio⁴⁸⁵, no entanto, como relembra Arnaldo Wald⁴⁸⁶, “no campo internacional, a arbitragem adquire maior intensidade com a globalização da economia, ensejando, cada vez mais, a aplicação do direito estrangeiro – pouco conhecido pelos nossos magistrados – dos tratados bilaterais e multilaterais e da *lex mercatoria*, considerada uma espécie de direito comercial comum das nações civilizadas”.

O Brasil deve optar pela efetiva assunção dessa nova realidade, se apropriando das recentes conquistas legislativas e jurisprudenciais acerca da matéria, para promover a necessária complementação do *modus operandi* dos órgãos judiciários para resolução de pendências intersubjetivas internacionais⁴⁸⁷, como preceitua José Arnaldo da Fonseca⁴⁸⁸:

[...] a Lei 9.307/1996, a Convenção de Nova York, de que o Brasil é signatário, a decisão do Colendo STF, sinalizando a sua constitucionalidade - cabe, nessa linha, envidar-se esforços para retrain a cultura tradicional entre órgãos do Poder Judiciário, de que a jurisdição é una e privativa.

Repise-se: instaurada a arbitragem, exaure-se a competência do juízo estatal.

Podem conviver as duas jurisdições? Sim, desde que cada uma atue em dada fase e em certo momento, porquanto "são complementares no limite de suas competências". O exercício dessas competências é que não pode ser

⁴⁸³ *Idem, ibidem*, pp. 349-363, especialmente pp. 349

⁴⁸⁴ PANTOJA, 2008, p. 78, nota 194.

⁴⁸⁵ ARGOLLO, 2008, pp. 1-27, nota 40.

⁴⁸⁶ WALD, Arnaldo. A arbitragem e os contratos administrativos. In: *Síntese jornal*, v. 6, n. 68, pp. 13-14, out. 2002. p. 13

⁴⁸⁷ Selma Lemes evoca, ainda, a necessária convivência harmônica e complementar da legislação pátria com os textos ratificados após firmadas Convenções Internacionais, prossegue em interessante estudo, que aborda desde o arcabouço lógico-sistemático da Lei de Arbitragem, suas órbitas de atuação e as formas de disciplinamento e interpretação sistemática do instituto arbitral quando diante de um pano de fundo internacional. Mais em: LEMES, Selma Maria Ferreira. Sentença arbitral estrangeira: incompetência da Justiça brasileira para anulação: competência exclusiva do STF para apreciação da validade em homologação. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 1, n. 1, p. 171-196, jan./abr. 2004, especialmente, pp. 190-194.

⁴⁸⁸ *Op. Cit.*, p. 58, nota 8.

concomitante, vale dizer, a presença de uma afasta a da outra. [...] Sob esse aspecto é que se diz que se complementam.

Manifesta-se, assim, a necessidade de caracterização do que vem a ser a arbitragem internacional em matéria administrativa, sobre o tópico em referência, discorre Agustín Gordillo⁴⁸⁹:

Como ocurre en toda materia de derecho, hay precedentes para todos los gustos: desde quienes han considerado que el arbitraje era internacional cuando resultaba aplicable la ley internacional y no local, siguiendo por el criterio de que El contrato se ejecutara en el extranjero, o que pusiera en juego los intereses Del comercio internacional, etc.

De posse da definição da arbitragem comercial internacional, que em nada se diferencia do contexto geral para fins administrativos, convém ressaltar como se tem operado a institucionalização arbitral, lembrando, pois, que se destacarão visões do problema pela ótica do direito local, antes que se pretenda uma construção universalizada de direito internacional⁴⁹⁰.

Com efeito, a arbitragem com o Estado como parte constitui muito mais uma exceção do que uma regra em termos internacionais, e não se tem alcançado generalizar tal possibilidade nos ordenamentos jurídicos⁴⁹¹.

Nos âmbitos nacionais, quando o Estado atua como mediador ou coloca à disposição dos particulares mecanismos extrajudiciais ou não contenciosos a questão muda de figura, sobrevindo mesmo reais incentivos à apropriação dos métodos não-judiciais, todavia, o ente estatal, escudado na doutrina e nos Tribunais locais, não concebe a utilização da arbitragem como alternativa à justiça ao se intentar dirimir as contendas contra a Administração Pública⁴⁹²:

⁴⁸⁹ *Tratado de derecho administrativo*, tomo 2: la defensa del usuario y del administrado. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006. p. XVIII-8.

⁴⁹⁰ Trecho no original: “pero son visiones del problema desde la óptica de cada derecho local, antes que de una construcción universalizada de derecho internacional.” Cf. GORDILLO, 2006, p. XVIII-2, nota 490.

⁴⁹¹ *Idem, Ibidem*, p. XVII-13, nota 490.

⁴⁹² *Id., Ibid.*, p. XVII-14, nota 490.

Existen temas de derecho en los cuales la cultura jurídica tradicional ejerce gran influencia y sobrevive a los cambios normativos. [...] [M]uchos tratados que admiten el arbitraje internacional en los conflictos con la administración, pero hay una tradición normativa local, muy arraigada, contraria al arbitraje. En todo el mundo y también entre nosotros se declama acerca de la necesidad de promover medios alternativos de resolución de conflictos, el principal de los cuales es el arbitraje: pero cuando llega el momento de utilizarlo, la sociedad reacciona con inusitada prevención o timidez, y subsisten impertérritos los mecanismos tradicionales con sus conocidos defectos. Pero esta contradicción interna no puede ser llevada exitosamente al plano internacional, como es obvio. Todo esto es, como se advierte fácilmente, una fuente de problemas que ingenuamente podremos creer encontrarnos en condiciones de superar en el plano interno por el mero voluntarismo estatal de otro cambio más de normas o de jurisprudencia, pero que nos resultarán insuperables en el plano internacional.⁴⁹³

Nesse diapasão, reafirma Cláudio Vianna de Lima⁴⁹⁴ que é admissível clausular arbitragem nos contratos administrativos, nomeadamente por força de disposições de direito privado, oportunidade em que se remete ao próprio direito internacional público que procedeu à recepção das normas sobre os meios pacíficos de solução de conflitos de interesses, incluindo-se, neste rol, a arbitragem, e, com maior acerto, a arbitragem administrativa.

No que concerne às peculiaridades de enfrentamento do Direito Brasileiro à questão da institucionalização da arbitragem administrativa internacional, Maristela Basso⁴⁹⁵ relembra que “mesmo previsto, em nossa legislação, desde 1850, [o direito arbitral] não teve o desenvolvimento merecido, haja vista as inúmeras imposições legais, não somente quanto às condições de validade do laudo arbitral, como de sua execução”.

Para reafirmar o alegado, à voga as considerações de João Bosco Lee⁴⁹⁶ ao patentear que a reticência decorre de uma tendência regional, pois “se a faculdade de se submeter à arbitragem de pessoas jurídicas de direito público é reconhecida por alguns direitos, as

⁴⁹³ GORDILLO, 2006, p. XVII-1, nota 490.

⁴⁹⁴ A Lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de concessões. In: *Revista de direito administrativo*, n. 209, pp. 91-104, jul./set. 1997. p. 95

⁴⁹⁵ BASSO, 2000, p. 307, nota 220.

⁴⁹⁶ LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*. Curitiba: Juruá. 2002. p. 52

legislações dos países do Mercosul [sic], contrariamente, proíbem o Estado de celebrar uma convenção de arbitragem. Na realidade, a faculdade do Estado e das entidades públicas de se submeter à arbitragem é cercada por determinadas restrições”.

Inicialmente, importa rememorar que nas arbitragens internacionais mistas⁴⁹⁷, quais sejam, naquelas em que uma das partes é pessoa de direito público, o Estado ou elementos da Administração Pública Direta e Indireta, e a outra parte é de direito privado, o particular, logo, estranhas à zona de atuação de Direito Internacional Público, o procedimento é conduzido nos moldes da arbitragem comercial internacional privada⁴⁹⁸⁻⁴⁹⁹.

Até o desenvolvimento de teorias renovatórias acerca do tema, a problematização maior na consagração da arbitragem privada em questões de Estado se expunha no entrave da imunidade de jurisdição:

Segundo o conceito de imunidade de jurisdição, o Estado não pode ser julgado por qualquer tribunal estrangeiro quanto a atos de império, em defesa de sua soberania, em contraposição à possibilidade de julgamento de um Estado por outro ou por um Tribunal Internacional, quando o tema se refere a atos de gestão. Importa destacar que não é de hoje a flexibilização desse conceito, fenômeno que nos permite hoje afirmar ser entendimento consolidado dos nossos tribunais não haver imunidade, por exemplo, em casos trabalhistas, dentre outros.⁵⁰⁰

Em reforço ao que fora sustentado até o momento, grifa José Carlos de Magalhães⁵⁰¹:

Outra disposição relevante nos contratos com o Estado [...] é a cláusula de arbitragem, pela qual as controvérsias derivadas do contrato são resolvidas fora

⁴⁹⁷ Defende-se que o termo “arbitragem mista” seria melhor empregado quando da participação da sociedade civil no procedimento arbitral, representado pela figura do *amicus curiae*, vide: STERN, Brigitte. O Ingresso da sociedade civil na arbitragem entre Estado e investidor. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 1, n. 1, p. 101-113, jan./abr. 2004. *passim*, especialmente pp. 108-110

⁴⁹⁸ PUCCI, Adriana Noemi. In: Arbitragem comercial internacional - a lei aplicável. pp. 27-45. In: **Direito do comércio internacional.**/ Maristela Basso, Maurício Almeida Prado e Daniela Zaitz. Curitiba: Juruá, 2005. pp. 33-34

⁴⁹⁹ Em sede introdutória, já havia sido sublinhado que não haveria destaques sobre a Arbitragem Internacional respaldada no Direito Internacional Público.

⁵⁰⁰ ROSADO, Marilda. Panorama da jurisprudência de direito internacional de 2008. In: **Revista de direito do Estado**: RDE, n. 13, pp. 47-69, jan./mar. 2009. p. 69

⁵⁰¹ *Op. Cit.*, p. 35, nota 331.

do quadro jurisdicional do próprio Estado e decididas por um tribunal arbitral. Trata-se de mecanismo de solução de litígios que assegura ao contratante privado foro imparcial para examinar pretensões sobre o contrato. Um dos pontos polêmicos que essa cláusula desperta é o entendimento de que, aceitando-a, o Estado renuncia à imunidade de jurisdição, sempre que a arbitragem se realize no território de outro país.

Importa trazer a tona os impedimentos narrados em apontamentos doutrinários conservadores que tentam elidir a possibilidade de dirimir os litígios administrativos pela via arbitral, constatações erroneamente sustentadas, porquanto desde que a imunidade de jurisdição foi relativizada por previsão judicial não merecem prosperar restrições de tal ordem:

Nesses casos, tratando-se de relação travada entre Estado e particular, a submissão da controvérsia à apreciação de Estado estrangeiro esbarra em dois grandes obstáculos (ou em um obstáculo com duas projeções distintas): a imunidade de jurisdição e a imunidade de execução de um Estado em face do Poder Judiciário de outro.

Diante do desenvolvimento cada vez mais intenso das relações comerciais envolvendo Estados e particulares, foi necessário submeter a profunda revisão o tradicional princípio da imunidade de jurisdição. A vigência de um preceito rígido de imunidade associada à figura do Estado empresário tornava extremamente inseguras as relações comerciais. De nada servia a previsão da arbitragem para a solução dos litígios diante da recusa do Estado em submeter-se ao procedimento arbitral ou em acatar a decisão proferida pelo tribunal arbitral.

Daí a importância da tendência, consolidada em grande parte dos países de *common law*, naqueles do bloco continental europeu e, mais recentemente, também no Brasil e nos demais Estados da América Latina, de restringir o princípio da imunidade de jurisdição e de execução, possibilitando a discussão no Judiciário local entre particular e Estado estrangeiro e, em última hipótese, a execução da sentença arbitral⁵⁰².

Para alguns, “o Estado, ao celebrar uma convenção arbitral, estaria renunciando às suas imunidades de jurisdição (e quiçá de execução)”⁵⁰³. Neste giro, “estando a arbitragem privada internacional sempre sujeita a determinada ordem jurídica nacional, ao aquiescer na realização de procedimento arbitral fora de seu território, o Estado estar-se-ia

⁵⁰² TESS, Eduardo Carvalho; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Imunidades de jurisdição e de execução no âmbito da arbitragem internacional. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*: Nova Série, v. 7, n. 14, pp. 09-18, jul./dez. 2004. p. 10-11

⁵⁰³ *Idem, ibidem*, p. 15

submetendo às leis do Estado onde se desenvolve a arbitragem ou daquele competente para aplicar as suas leis ao processo arbitral.”⁵⁰⁴

Para Arnoldo Wald⁵⁰⁵ não se justifica a alegação da necessidade de renúncia à imunidade de jurisdição, impressão também sustentada por José Carlos de Magalhães⁵⁰⁶, ao defender que "a jurisdição criada pela convenção arbitral é de natureza privada e não pública, e é a essa jurisdição que se subordina o Estado, voluntariamente, sem renunciar à imunidade de que goza relativamente à jurisdição de outros Estados."

Subjaz das considerações anteriormente tecidas, nomeadamente quanto ao caso brasileiro, teorias colidentes acerca da arbitragem internacional em questões de Estado, quando percebidas *lato sensu*, ou seja, observada sob a feição das contratações da Administração Pública de âmbito internacional.

Acrescente-se ao referido cenário uma sucessão de boicotes à fluidificação de conceitos estratificados do direito administrativo⁵⁰⁷, circunstâncias que produziram, em um primeiro momento, óbices quase intransponíveis à Arbitragem Comercial Internacional.

Entretanto, o estreitamento de contatos com países que recepcionaram a arbitragem, como um método alternativo adequado à resolução de litígios que envolvessem direitos disponíveis da Administração Pública, oportunizou uma reabertura ao instituto na legislação brasileira.

Em recente matéria divulgada em periódico de circulação nacional, aventaram-se os motivos para a ascensão da Arbitragem Comercial Internacional envolvendo entes públicos no Brasil:

⁵⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 15

⁵⁰⁵ WALD, Arnoldo. Algumas considerações a respeito da clausula compromissória firmada pelos Estados nas suas relações internacionais. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 5, n. 18, pp. 283-308, out./dez. 2002. pp. 286-287

⁵⁰⁶ *Do Estado na arbitragem privada*. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 121.

⁵⁰⁷ PANTOJA, 2008, p. 70, nota 194.

O expressivo crescimento do instituto da arbitragem, nos últimos anos, é atribuído a dois fatores, além do congestionamento dos tribunais: O primeiro foi a crise econômica mundial de 2007 e 2008, quando as grandes empresas passaram a discutir com instituições financeiras critérios e regras para o ressarcimento dos prejuízos causados por operações com derivativos. O segundo fator foi a escolha do Brasil como sede da Copa do Mundo, em 2014, e dos Jogos Olímpicos, em 2016. Como os dois eventos exigirão muitas obras de engenharia em curto prazo de tempo e o Brasil ainda não tem tradição em matéria de Parcerias Público-Privadas, as empresas do setor de construção civil incluíram cláusulas de arbitragem nos contratos⁵⁰⁸.

Os avanços ora narrados não impediram que sobre o ponto de vista jurídico ainda pendam algumas incompreensões ou estranhamentos derivados da pluralidade legislativa, do acanhamento brasileiro ante às inovações surgidas e da reticência doutrinária e jurisprudencial ao deslinde do tema⁵⁰⁹, sustentadas que estão em um conservadorismo estarrecedor.

Desde o início de vigência da Lei 9703/96, com a multiplicação das arbitragens tanto nacionais quanto internacionais⁵¹⁰, o temário difundiu-se pela Academia e pela práxis, e, desde então, “desapareceram os preconceitos do passado e o entusiasmo pela arbitragem mobilizou professores e advogados, fazendo até com que proliferassem as Câmaras de Arbitragem”⁵¹¹.

A viragem no posicionamento de prestou para que se consolidasse a aproximação como o fenômeno havido no cenário internacional, uma vez que o dinamismo cobrado pela globalização fez despontar a arbitragem como mecanismo profícuo e ineliminável, com substancial incremento de seu uso na solução de entrechoques havidos em contratos internacionais:

⁵⁰⁸ A expansão da arbitragem. In: *O Estado de São Paulo*: Notas e informações, 25 abr. 2010. p. A3

⁵⁰⁹ VALENÇA FILHO, Cláudio. Validade e Eficácia da Convenção de Arbitragem em contratos administrativos. pp. 436-453. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007. p. 437

⁵¹⁰ Segundo Arnoldo Wald, o Brasil, “em quinze anos, passou a ser o quarto em número de arbitragens internacionais na CCI”. Cf. *Op. Cit.*, p. 40, nota 197.

⁵¹¹ GARCEZ, 2007, *prefácio*, p. xviii, nota 05.

No âmbito internacional ou na resolução de conflitos nos contratos internacionais, efetivamente, encontra-se um vetor orientado, firmemente, há décadas, para a escolha da arbitragem. É que, nesses casos, a comunidade internacional de negócios, por aspectos práticos e culturais, envolvendo, inclusive, a neutralização da influência de foros regionais, apresenta uma marcada preferência pela solução arbitral, utilizada em cerca de 80% ou mais das questões deles originárias⁵¹².

Como salientado anteriormente “as grandes questões sobre os contratos entre Estado e empresa privada estrangeira versavam, sobretudo, na assimetria entre as partes. Procurava-se, pelo contrato, eliminar, ou, pelo menos, reduzir os efeitos desse fator, por meio de cláusulas que assegurassem manutenção da relação contratual tal como ajustada e um sistema de solução de controvérsias fora dos quadros do Estado-parte”⁵¹³.

A título de ilustração, traz-se à colação a contribuição de Myriam Salcedo, que aponta para as razões da adoção da arbitragem em sede administrativa, e os prodígios da opção pela via alternativa:

Gracias a las ventajas atribuidas al arbitraje en derecho privado, la pregunta de su efectividad en materia de derecho publico ha sido planteada, especialmente en materia de contratos concluidos por la administración pública. Esto responde no sólo a la congestión de los despachos judiciales, sino también a la participación, cada vez más frecuente, de ciertas personas públicas en relaciones económicas del Estado, de los particulares en las funciones públicas, de la rapidez del arbitraje, de la especialización de los árbitros; así como, de la importancia de garantizar la neutralidad del juzgamento en los contratos internacionales donde el Estado es parte.⁵¹⁴

Atento a tais considerações, é possível destacar que “a arbitragem vem constituindo fenômeno de grande importância e de originalidade fecunda para as relações econômicas tanto nacionais como internacionais”⁵¹⁵:

⁵¹² *Idem, Ibidem*, p. 120, nota 05.

⁵¹³ MAGALHÃES, 2006, p. 33, nota 335.

⁵¹⁴ CASTRO, Myriam Salcedo. *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración*. Estudio de derecho comparado francés y colombiano. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006. p. 15

⁵¹⁵ STRENGER, 1998, p. 13, nota 154.

Além disso, cada vez mais, prevalece, nas arbitragens realizadas no Brasil, uma visão mais internacionalizada do litígio, tanto no que tange à condução do procedimento arbitral quanto em relação ao direito aplicável ao mérito, de forma que, qualquer que seja a lei nacional eleita pelas partes, a mesma sofre influência do direito internacional e do direito comparado, por meio da doutrina, da legislação e, até mesmo, da jurisprudência, arbitral ou estatal⁵¹⁶.

Oportuno salientar que “é natural que se espere de um processo de mundialização da economia, das novas tecnologias e do incremento da informação um efeito de grandes dimensões no interior dos Estados e também de sua órbita extraterritorial”⁵¹⁷, por óbvio que diante de inovações tão dinâmicas e multifacetadas o conteúdo do Direito Administrativo não poderia permanecer impenetrável às modificações suscitadas pela agilidade de resolução proposta pela justiça privada em âmbito internacional.

Dando seguimento à discussão da admissibilidade da Arbitragem Internacional em contratos administrativos, aponta Leon Frejda Szklarowsky⁵¹⁸ que:

É indiscutível a exigência de inovações e superação de arcaicas fórmulas, em um universo que se transforma, a cada segundo, e não é mais o mesmo de há poucos anos, devendo amoldar-se aos novos tempos, em que os negócios e as transações se realizam em frações de segundos, concretizando, na prática e naturalmente, o princípio basilar da Carta da ONU que, no art. 1º, 3, proclama a cooperação internacional, para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, de cujo Organismo o Brasil faz parte.

Considerando, assim, a internacionalização do direito, fenômeno de que não escapa o Direito Administrativo, assiste-se à gradual e irreversível “desterritorialização crescente das relações administrativas estatais se projetando para fora do Estado Nacional, ao mesmo tempo em que se torna mais conectado com outros sistemas ao nível global, se projetando para novos desafios ao estudo do Direito Administrativo.”⁵¹⁹

⁵¹⁶ WALD, Arnaldo. A evolução da arbitragem internacional no Brasil. In: *Revista de arbitragem e mediação*, v. 6, n. 23, p. 19-38, out./dez. 2009. p. 25

⁵¹⁷ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o Novo Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 22

⁵¹⁸ Arbitragem e contratos Administrativos. In: *Boletim de Direito Administrativo*, pp. 749-750, novembro/1997. p. 749

⁵¹⁹ HEILMANN, 2010, p. 22, nota 512.

Reportando-se ao que fora destacado alhures, a almejada e indispensável interação entre o Direito Processual Civil, o Direito Administrativo e Direito Internacional Privado, oportuniza releituras de institutos cristalizados pelos ramos referidos, não se podendo descurar da representatividade dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos.⁵²⁰

Ante uma incontornável ambiência facilitadora de renovações, simplifica-se a elucidação das inegáveis vantagens de assimilação dos mecanismos hábeis a debelar conflitos de cunho administrativo interno, e de órbita transnacional, pela utilização da heterocomposição privada colocada à disposição dos entes públicos.

A par das contínuas transformações do Estado e dos efeitos reflexivos do direito interno, não se tira de questão a necessidade de abertura ao que para os tradicionalistas pode parecer inusitado ou inconcebível.

Agregando-se às orientações alinhadas a percepção do direito internacional privado do instituto, o presente estudo ambiciona alinhar a conciliação e até a possível síntese do entendimento das escolas dos processualistas, dos administrativistas e dos internacionalistas, destacando a interface entre elas e a utilização da arbitragem, ante a posição titubeante da jurisprudência e da doutrina sobre o tema em análise, por refutar a percepção da via arbitral como produção normativa de cunho participativo⁵²¹.

Nesse giro, Leon Frejda Szklarowsky⁵²² sintetiza a celeuma proclamando as vantagens de adesão à arbitragem internacional por entes públicos, e trazendo esclarecimentos sobre a mescla antagônica operada pela doutrina e jurisprudência:

O Direito Comercial é, por excelência, dinâmico e consuetudinário. Também o é o Direito Internacional Público. A sociedade deve afeiçoar-se a este novo mundo de gigantescas e rápidas mutações. [...]

⁵²⁰ Quanto à interação entre áreas do direito, *vide*: MENDES, Celso Antônio. *Dimensões conceituais do direito*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2008. p. 83

⁵²¹ PANTOJA, 2008, p. 75, nota 194.

⁵²² *Op. Cit.*, 1997, p. 749, nota 343.

O Brasil, de há muito, prevê em seu ordenamento jurídico o desfecho de conflitos através da arbitragem, um dos mais antigos e eficazes instrumentos utilizados pelo homem, seja para dirimir disputas internacionais, como para dirimir questões de direito privado, especialmente de direito comercial. [...]

A Constituição vigente expressamente manifesta sua adesão aos Tratados Internacionais de que o País seja parte (art. 5º, § 2º) e não se incompatibiliza com o juízo arbitral. [...]

Não obstante, com relação à arbitragem de conflitos, quando presente a Administração Pública, surgem algumas dúvidas, porque os bens públicos são indisponíveis. A jurisprudência já se tem pronunciado a respeito.

Trata-se de inequívoca confusão ou embaralhamento conceitual antever que a utilização da Arbitragem Internacional resta vedada por afronta ao princípio da indisponibilidade do interesse público:

Várias vezes, durante a execução do contrato administrativo, deparamo-nos com problemas que nem sempre as partes têm condições de solucionar prontamente. Tanto podem ser questões de ordem técnica, administrativa ou financeira. Por isto, em muitos contratos administrativos, hoje, encontramos a existência de uma cláusula prevendo a: “solução de conflitos ou disputas ou ainda do processo amigável de solução das divergências contratuais”.

Esta cláusula visa proceder de maneira ágil e eficaz à solução de conflitos que apareçam durante a execução do contrato. Deve estar já prevista na minuta do futuro contrato que obrigatoriamente incorpora o edital licitatório que deu origem ao contrato.

Em nenhum momento, com a inclusão de cláusula de solução amigável de conflitos, olvida-se do princípio da indisponibilidade do interesse público. Muito ao contrário, ele se faz presente quando o administrador público na iminência de um conflito contratual o resolve tendo por balizas os princípios da economicidade, da razoabilidade, da motivação e principalmente da continuidade do serviço público, que vem a ser: resolver motivadamente o problema contratual da maneira mais econômica, sem deixar que os serviços públicos prestados à comunidade tenham qualquer solução de continuidade⁵²³.

Como clarifica Maria D’Assunção C. Menezello⁵²⁴, a suposta incompatibilidade de efetivação de procedimentos afetos à via arbitral internacional consagra “a aparência de um possível conflito entre o Direito Interno e o Internacional, [todavia] não quebra a unidade do sistema jurídico; ao contrário, leva o intérprete da norma a buscar o encontro de uma conciliação fundamentado em primeiro plano na Teoria do Consentimento das Nações”.

⁵²³ MENEZELLO, Maria D’Assunção C. O conciliador/mediador e o árbitro nos contratos administrativos. In: *Boletim de Direito Administrativo*. pp. 825-829, dez./ 1997. p. 825

⁵²⁴ *Idem, ibidem*, p. 828.

À luz de tais circunstâncias, desde uma perspectiva de mitigação dos desacertos ou das limitações da atividade jurisdicional tradicional, a Arbitragem Internacional surge como via alternativa à inoperância, ao despreparo da judicatura, ou simplesmente à impossibilidade de julgamento, ante as eventuais controvérsias acerca da competência para deslinde da questão.

De sorte a evitar entendimentos díspares pela percepção do intérprete, de há muito, Leon Frejda Szklarowsky⁵²⁵ recomendou a inclusão de dispositivo legal para evitar juízos de inadmissão da via arbitral internacional:

[...] Encaminhamos a S. Ex^a o doutor Marco Maciel, autor do projeto de lei que se transformou na Lei nº 9.307, e ao professor Gilmar Ferreira Mendes, proposta visando acrescentar à Medida Provisória nº 1.531, reeditada mensalmente, que altera a Lei nº 8.666/93, sobre normas para licitação e contratos da Administração Pública, uma disposição semelhante à já existente na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que trata do regime de permissão e concessão do Serviço Público (art. 23, XV), autorizando expressamente a solução das divergências contratuais e no âmbito das licitações, de forma amigável, através da arbitragem. Este dispositivo, norma geral, poderá estar contido no § 4º do art. 3º. Este parágrafo fora vetado pelo Presidente da República e encontra-se ocioso, *in verbis*: “O art. 3º da Lei nº 8.666/93 fica acrescido do § 4º: ‘No âmbito das licitações e nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, as divergências contratuais e sobre o certame licitatório poderão ser solucionadas, de forma amigável, por meio da arbitragem, contando com a presença de representante do contratante – Poder Público – e desde que prevista, no edital e no contrato’”.

Enquanto não avança a proposição de *lege ferenda*, perduram embates quanto à aceitação da arbitragem em litígios administrativos, ao sabor de uma maior tendência à recusa de sua admissão.

A rejeição categórica se funda em ocorrências patológicas. A despeito de se apresentar como entusiasta da utilização da via arbitral, Marçal Justen Filho⁵²⁶ grifa a inadmissão da utilização dos atributos usuais da arbitragem comercial internacional para debelar crises

⁵²⁵ Arbitragem e contratos Administrativos. In: *Boletim de Licitações e Contratos: projeto de alteração da lei de licitações e contratos*, pp. 341-342, julho/1998. p. 342

⁵²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 674

nos contratos administrativos celebrados no Brasil com argumentos assaz intrigantes:

No âmbito das contratações privadas brasileiras, tem-se adotado a arbitragem internacional, realizada no estrangeiro e em língua inglesa. O resultado prático atinge as raias do surreal. Advogados que não conhecem sequer o português defendem teses sobre o direito brasileiro perante árbitros que jamais estiveram no Brasil. [...] Surgem situações disparatadas, tal como o *testemunho* sobre o direito brasileiro, em que especialistas nacionais tentam explicar aos árbitros a nossa realidade jurídica. Como decorrência, são produzidas decisões esdrúxulas, que infringem a natureza própria do direito brasileiro. [...]

Por tudo isso, não se pode admitir que a arbitragem seja conduzida no estrangeiro por árbitros que nem sequer conhecem a língua portuguesa e não têm o menor conhecimento do direito brasileiro.

Conquanto a respeitável opinião do doutrinador referido não possa ser simplesmente combatida sem maiores embasamentos, é oportuno destacar que se desenha nos planos nacional e internacional privado uma linha doutrinária que eufemiza aquele tradicional cortante discurso de refute à via arbitral, por visualizar a possibilidade da arbitragem internacional nos moldes que reputar conveniente na consagração do que se denomina *arbitrabilidade subjetiva*, ou seja, o patentear da capacidade da Administração Pública direta e indireta recorrer à arbitragem⁵²⁷, apontamentos que não evidenciam a “extrema nocividade” na generalização da prática arbitral internacional.

Cediço que mesmo a percepção mais libertária dos processualistas incentivadores da Arbitragem proclamam o desacerto da atribuição do deslinde de casos que envolvam interesses da Administração Pública a árbitros estrangeiros:

Por outro lado, numerosos são os árbitros estrangeiros que aplicam o nosso direito em arbitragens, embora desconheçam totalmente a nossa legislação e o contexto econômico e social do nosso país, o que também não se justifica, nem se explica.

A recente legislação referente às concessões e às PPPs admite a solução arbitral, desde que realizado o processo no Brasil, em português e de acordo com a lei brasileira. Essa restrição, embora criticada por alguns, parece-nos perfeitamente legítima e louvável. Mais contestáveis talvez seriam as decisões arbitrais de árbitros estrangeiros que aplicam o direito brasileiro sem ter acesso ao mesmo, desconhecendo a jurisprudência dos nossos tribunais⁵²⁸⁻⁵²⁹.

⁵²⁷ ROMERO, Eduardo Silva. *A Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e os Contratos de Estado*. In: *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. n. 19. São Paulo: RT, jan-mar de 2003. p. 264

⁵²⁸ WALD, 2008, p. 55, nota 03.

A despeito de ser bastante razoáveis e ponderadas as considerações externadas, e visionar o incremento da arbitragem local, pensa-se que em uma ambiência favorecedora ao instituto arbitral, a faculdade de atuação de árbitros estrangeiros e o suplante à necessidade de uso do vernáculo não pode ser simplesmente ignorada:

Merece registros a exigência de ser conduzido o processo arbitral e elaborado o laudo em português. Se as partes não cumprem este requisito, o laudo será eventualmente anulado pela jurisdição brasileira, e ainda assim poderá ser executado em outros países. Outro problema inerente a esta exigência é que, dentro da comunidade arbitral, não muitos profissionais ou acadêmicos falam fluentemente português, ou pelo menos bem o suficiente para ouvir os argumentos minutar uma sentença em Português. Dos mais de 500 membros do Instituto Internacional de Arbitragem (IAI), apenas 11 membros falam português fluentemente. Além disso, desses 11 membros, cinco são brasileiros. Como cidadãos brasileiros não são susceptíveis de serem considerados elegíveis como presidente do tribunal arbitral ou como único árbitro indicado em demandas de interesses de nacionais, entre os potenciais árbitros não-brasileiros, resta às partes num processo de arbitragem firmado nos termos da Lei de Parcerias Público-Privadas instituídas pela legislação de 2004, uma quantidade muito pequena de 6 (seis) potenciais árbitros "neutros" para suas disputas, o que é lamentável sobre todos os aspectos⁵³⁰.

Entende-se, pois, que a opção eleita pelo legislador infraconstitucional, ao limitar a via arbitral ao processamento no Brasil, e à obrigatória utilização do vernáculo, ignora injustificadamente a autonomia das partes, sobremaneira a possibilidade dos pactuantes elegerem foro diverso, procedendo, ainda, o refute à incidência de legislação aplicável diversa da brasileira, sói como ocorre nos contratos submetidos a foro estrangeiro ou à

⁵²⁹ Reafirma o posicionamento registrado, rebatendo a “intromissão” dos árbitros estrangeiros em questões arbitrais nacionais, pontua Arnoldo Wald que “embora funcionem mais de 1000 árbitros na arbitragem internacional, a maioria das decisões arbitrais era, até há pouco tempo, tomadas em três ou quatro cidades, como Paris, Nova Iorque e Londres. Por mais simpáticas que sejam essas capitais, chegou a hora de descentralizar a arbitragem, o que pressupõe tanto uma legislação nacional adequada quanto a formação de árbitros locais e uma jurisprudência respeitosa das decisões arbitrais.” Cf. *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁵³⁰ Cf. LEE, João Bosco. Brazil's new public-private partnership law: one step forward, two steps back. VALENÇA FILHO, Cláudio de Mello; LEE, João Bosco. (org.) *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 224. No original: The same could be said about the requirement to have the proceedings conducted and the award written in Portuguese. If parties do not abide by this requirement, the award will eventually be annulled by Brazilian jurisdictions and yet be executed in other countries. Another problem inherent to this requirement is that, within the arbitration community, not many practitioners or academics speak Portuguese fluently or at least well enough to hear arguments or draft an award in Portuguese. Out of over 500 members of the International Arbitration Institute (IAI), only 11 members speak Portuguese fluently. Also, out of these 11 members, 5 are Brazilian nationals. As Brazilian citizens are not likely to be considered as eligible as Chairman of the arbitral tribunal or as sole arbitrator by the non-Brazilian parties, that leaves parties to an arbitration under the 2004 PPP law with a very limited pool of 6 potential “neutral” arbitrators for their disputes, which is unfortunate from all standpoints.

arbitragem comercial internacional, e não obrigatoriamente à jurisdição brasileira, como resta autorizado nos art. 9º, §§ 1º e 2º, e 12, § 1º, da LICC; art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.307/96 e o art. 89 do CPC, ademais, consolidado referido entendimento pela consagração sumular⁵³¹.

Em breve esboço é possível anotar que, historicamente, desde o advento do Decreto nº 15.783/22, subsiste a tradição de predispor cláusula que eleja o foro da sede da Administração. Mencionada fixação foi repetida no antigo estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos de obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações no âmbito da Administração Federal - Decreto-lei nº 2300/86 -, e revisitada na Lei 8666/93, conquanto tenha atenuado o discurso enfático com a ressalva ao permissivo do § 6º Art. 32 do diploma em referência. No respeitante ao tema sublinhado quadra delinear o que segue:

Portanto, esse diploma em vigor restringe a solução de qualquer litígio ao foro da sede da Administração, pelo que se pode concluir serem inválidas, em tais contratos, as cláusulas de eleição de foro estrangeiro. Note-se que o dispositivo em questão traduz um comando positivo (exigindo claramente a eleição do foro da sede da Administração), e não negativo (proibindo a eleição de foro estrangeiro). Assim, com base nessa Lei é possível chegar-se a uma conclusão e a um questionamento: nos contratos administrativos, como regra geral, não se admite eleição de foro estrangeiro e a aceitação da cláusula compromissória é duvidosa⁵³².

É possível levantar, ainda, a questão da constitucionalidade da restrição promovida. Apura-se da inteligência do § 2º do Art. 109 da CF/88, que, ao menos nos contratos operados com a União, tal restrição ao particular afigura-se descabida. A este respeito salienta Marçal Justen Filho⁵³³:

Não é constitucional, porém, restringir a amplitude da regra do art. 109, § 2º, da CF/88, que assegura a faculdade do particular escolher o foro para litigar com a União.

⁵³¹ Enunciado nº 335 Súmula/STF: “É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato”.

⁵³² TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 60, 31 dez. 2008 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4307>. Acesso em: 12 mai. 2010

⁵³³ Op. Cit., p. 717, nota 351. No mesmo sentido: CARMONA, 2009, p. 63, nota 13.

Admite-se a ausência da cláusula de eleição de jurisdição brasileira na hipótese do art. 32, § 6º. [...] A exigência de cláusula de eleição de jurisdição, em tais casos, representaria sério empecilho possibilidade absoluta de contratação. Nesses casos e ainda que não haja explícita autorização legislativa, afigura-se cabível afastar a aplicação da imposição ora examinada.

Cabe aos operadores jurídicos o aprimoramento institucional, seja pela criação, seja pelo desenvolvimento de mecanismos adequados à manutenção da ordem nas relações domésticas e internacionais, rememorando a imperiosa preservação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e das economias locais, sem que suplante o intento de obtenção do maior desenvolvimento sustentável aos países⁵³⁴.

Sob este viés, não se descarta do fato de que as entidades públicas, no cenário internacional, devem ser concebidas como operadores econômicos normais, *players* que se submetem às práticas usuais do comércio internacional⁵³⁵.

Nesse diapasão, Maristela Basso⁵³⁶ define como benéfico o tratamento oportunizado à arbitragem comercial internacional pela Lei 9307/96, por ter abolido quanto a essa espécie as expressões cláusula arbitral e compromisso arbitral, consagrando o termo convenção de arbitragem, bem assim, por ter definitivamente extirpado a descabida necessidade de duplo grau de jurisdição, incumbindo ao Superior Tribunal de Justiça⁵³⁷, desde a Reforma do Judiciário operada pela Emenda Complementar nº 45/2004, a exclusiva competência para homologar os laudos arbitrais, restando, assim, tão-somente, que os operadores jurídicos procedam a uma leitura exegética menos rigorista à conquista alcançada pela fixação normativa.

⁵³⁴ AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do Comércio Internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 54.

⁵³⁵ FACHIN, 2005, p. 124, nota 375.

⁵³⁶ BASSO, 2000, p. 307, nota 220.

⁵³⁷ Para Arnoldo Wald, desde que o STJ, por força da EC nº 45/2004, se tornou a Corte competente para apreciar os pedidos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, o referido Pretório “tem dado uma contribuição indispensável e inestimável na contínua evolução que a arbitragem brasileira vem tendo, no país e no mundo.” *Op. Cit.*, p. 221, nota 326.

De outro giro, no que atenta à opção pela arbitragem em litígios administrativos, como se consagra no artigo que regula a resolução de controvérsias nos contratos derivados de Licitações Internacionais, na Lei de Concessões e a Lei de Parceria Público-Privada, a legislação foi eminentemente conservadora, quase que impedindo a utilização de juízos privados internacionais.

Conclui-se pelo necessário aumento e difusão dos diversos mecanismos alternativos (mais adequados ou propícios) de solução de litígios, principalmente a arbitragem, ao se atentar para contratos administrativos que envolvam pessoas jurídicas estrangeiras, ou, a critério, por oportunidade e conveniência, em contratações em âmbito nacional, em face dos custos e maior possibilidade de aplicação em vários setores da Administração Pública, sobremaneira na atuação das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias.

Ademais, considerando a função corretiva e complementar do direito internacional sobre o direito nacional observada nas arbitragens mistas, cresce em importância a corrente de pensamento que propugna a desnacionalização ou a internacionalização da arbitragem internacional mista em solo pátrio, sobremaneira ao rememorar que a Lei 9307/96 não define, tampouco faz qualquer referência à arbitragem comercial internacional⁵³⁸.

Fato é que a ordem jurídica nacional não pode restar ensimesmada em conservadorismo extremado, inviabilizando a aplicação da via arbitral. Não exorbita cogitar uma substancial reformulação na concepção de resolução de contendas deflagradas no âmbito dos contratos administrativos, ainda que tal formulação derive de formulação de *lege ferenda*, a teor do Projeto de Lei que autoriza o emprego da arbitragem para solução de conflitos, pela inclusão do § 5º, art. 40 na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8666/93).

⁵³⁸ PUCCI, Adriana Noemi. In: Arbitragem comercial internacional - a lei aplicável. pp. 27-45. In: *Direito do comércio internacional*./ Maristela Basso, Maurício Almeida Prado e Daniela Zaitz. Curitiba: Juruá, 2005. pp. 38-40 *passim*

Convém atentar que o Brasil precisa urgentemente impedir que a utilização de escudos ideológicos obste o desenvolvimento ansiado pela coletividade:

Pretende o País, de forma anacrônica, buscar nos mercados externos a necessária cooperação econômica para que se mantenha como um dos agentes atuantes no processo de intensificação do comércio internacional, quando, interna e externamente, obstaculiza o pleno desenvolvimento do procedimento arbitral que, se admitido, traria a segurança e confiança nas suas relações transnacionais, ainda mais quando se sabe que as legislações dos países mais industrializados reconhecem e acolhem essa moderna solução.⁵³⁹

]

Reafirma-se que “a questão, todavia, ainda não está isenta de reticências. Sustenta-se que, possuindo o Estado um Poder Judiciário, somente este é que poderia decidir questões envolvendo-o, sobretudo quando se trata de matéria de direito administrativo ou relativa à prestação de serviços públicos”⁵⁴⁰.

É possível, ainda, aventar que “no Brasil, a Lei nº 8.666, de 1993, embora não proíba expressamente a cláusula arbitral nos contratos administrativos, contém disposição que encerra dúvida sobre se há ou não proibição da inclusão dessa cláusula nos contratos em que o Estado é parte”⁵⁴¹.

Deve-se ter em mente que é sustentável a utilização de mecanismos simplificados, eficientes, modernos e ágeis⁵⁴², restando, pois, a íntima expectativa de que progressos legislativos, e arejamentos doutrinários e jurisprudenciais sobrevenham, o que sem páreo de dúvida será um elogiável incremento às tacanhas feições da arbitragem comercial internacional em contratos públicos em *terrae brasilis*.

Os avanços proclamados no entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da admissão da aplicação do instituto arbitral em contratos públicos, ainda que se trate de arbitragem comercial internacional, se consubstanciam “a fim de se soltar de uma vez por

⁵³⁹ MARTINS, 1990, p. 10, nota 58.

⁵⁴⁰ MAGALHÃES, 2006, p. 37, nota 335.

⁵⁴¹ *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁵⁴² RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Manual prático das licitações*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 523

todas as amarras que até o advento da Lei 9.307/96 colocavam o sistema arbitral brasileiro em posição de quase total inércia”⁵⁴³.

3.3. Breve análise comparada do modelo português de arbitragem de litígios com entes públicos⁵⁴⁴⁻⁵⁴⁵

Indubitavelmente o instituto da arbitragem tem sido utilizado com considerável frequência nos ordenamentos jurídicos em geral, uma vez que sua atuação consagra como palavras de ordem a celeridade, a eficácia, a redução de custos pela diminuição do tempo que perdura o processo judicial, bem como, a oportunização de escolha de confiança do litígio e decisão⁵⁴⁶.

Constituem objeto da presente análise a suscetibilidade e os limites do recurso à arbitragem pelo Estado ou outro entes públicos no Brasil e em Portugal.

Como anteriormente aludido, a litigiosidade imanente de imbricadas relações de cunho administrativo demanda soluções consentâneas com a agilidade da hipermodernidade⁵⁴⁷,

⁵⁴³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Da constitucionalidade dos artigos. 6.º, 7.º, 41 e 42 da Lei da Arbitragem (9.307/96). a questão da inafastabilidade do controle jurisdicional. In: *Revista dos Tribunais/Fasc. Civ.* a. 87, v. 752, pp. 61-64, out. 1998. p. 64

⁵⁴⁴ Para maiores considerações: ROSÁRIO, Camile. Perspectiva luso-brasileira da aplicação da arbitragem nos contratos administrativos de colaboração entre o setor público e o privado. *Portugal, Brasil e o mundo do direito* / Vasco Pereira da Silva, Ingo Wolfgang Sarlett, coordenadores; Inês Quadros [et al.]. Coimbra: Almedina, 2009; ALMEIDA, Mário Aroso de. Arbitragem no Direito Administrativo Português, pp. 95-118. In: CONGRESSO Luso-Hispano de professores de derecho administrativo (Barcelona, 2002). *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*. Madrid: Instituto de Administración Pública, 2004; OLIVEIRA, Ana Perestelo. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007; ROMÃO, Dalila. Arbitragem e administração pública em Portugal. In: *Revista de arbitragem e mediação*. v. 6., n. 22, pp. 184-210, jul.- set. 2009; ESQUÍVEL, José Luís. *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*: Coimbra: Almedina, 2004. p. 215

⁵⁴⁵ Mais do modelo português de arbitragem administrativa em: SILVA, José Luís Moreira da. A Arbitragem Administrativa tornada necessária. In: *Advocatus: o novo agregador da advocacia*. Disponível em: <<http://www.advocatus.pt/index.php/opiniaio/1669-joao-marques-pinto-orador-em-seminario-sobre-fiscalidade-no-imobiliario>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

⁵⁴⁶ ROSÁRIO, 2009, p. 219, nota 151.

⁵⁴⁷ LIPOVETSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. São Paulo: Barcarolla, 2004 *apud* ZANETI JUNIOR, 2007, p. 64, nota 85.

dando ensejo ao advento de vias alternativas que deslindem agilmente os entrecosques surgidos.

Por meio da instituição de diálogo real como demonstração da relevância das influências recíprocas na “aldeia global”, a ordem jurídica brasileira tornou-se tributária de inovações e/ou reformulações coerentes com os reclamos sociais, e refratária de tantas outras medidas referenciais, desenvolvidas com acerto e sucesso em sistemas jurídicos copartidários da família romano-germânica⁵⁴⁸, bem assim, pela assimilação atenuada do ideário de tradições distintas. Firmada em mencionadas proposições, a *mondialisation*⁵⁴⁹ tornou-se a benfeitora promotora de interligações de idéias no cenário nacional e internacional.

O anseio deste tópico é destacar recepções criativas⁵⁵⁰ da arbitragem no âmbito administrativo, vez que o sistema atual brasileiro resta aquém dos reclamos da ordem internacional, assim sendo, a arbitragem, seja em sede nacional, seja em sede internacional, se destaca por agir como mecanismo de rompimento do hermetismo processual e das vicissitudes do sistema judicial.

Nesse sentido, insta ratificar as pontuações de Figueira Junior⁵⁵¹, no que concerne à indubitosa relevância das comparações dos sistemas jurídicos ao avanço dos institutos pátrios:

As comparações de sistemas jurídicos alienígenas servem sobremaneira aos intérpretes e aplicadores do direito à medida que oferecem compreensão e visão

⁵⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A importação de modelos jurídicos. In: *Temas de direito processual*: (oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 255-266 *passim*.

⁵⁴⁹ A globalização não deve ser concebida como um fenômeno puramente econômico, subsiste também uma opção política voltada à eliminação de fronteiras nacionais e das barreiras à circulação do comércio de bens e serviços, aos financiamentos internacionais e às inversões estrangeiras, que parte da crença de que é melhor cooperar do que, sozinhas, lutarem as nações em um mundo de profunda interdependência sob as mais variadas perspectivas. (Cf. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do [Coord.]. *Direito do Comércio Internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 43.)

⁵⁵⁰ HÄBERLE, Peter. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. Tradução de Emilio M. Franco. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. pp. 151-186, especialmente p. 156

⁵⁵¹ *Op. Cit.*, p. 40, nota 36.

macroscópica de realidades distintas de fenômenos, institutos e instituições integrantes de universos normativos, tornando-se hábeis a elucidar ou minimizar as dúvidas resultantes de exegeses múltiplas formuladas a partir de determinado microssistema objeto de análise específica.

Todavia, traz-se à baila a importante contribuição da Barbosa Moreira⁵⁵², ao alertar para os perigos da divinização do estudo comparado:

A ninguém é lícito duvidar, nos dias que correm, da importância dos estudos comparativos, indispensáveis, entre outros fins, para que os ordenamentos jurídicos possam beneficiar-se reciprocamente das experiências levadas a cabo fora das fronteiras nacionais. Na esfera processual, os últimos decênios assistem à exploração intensa desse filão, para o que vem concorrendo a multiplicação de congressos internacionais, onde se expõem e se discutem relatórios de variadíssimas fontes dos mais atuais e relevantes temas.

Uma coisa, porém, é a atenção crescente ao direito comparado, movimento a que o autor desta dificilmente poderia ser tachado de alheio. Outra, bem distinta, é o deslumbramento ingênuo que impele à imitação acrítica de modelos estrangeiros.

Por exigência acadêmica, e em prestígio à eticidade na pesquisa, convém esclarecer que as impressões coligadas nesta etapa derivam de informações colhidas em sítios eletrônicos, nas disposições legais igualmente extraídas de endereços virtuais da rede mundial de computadores, e da escassa bibliografia alcançada sobre o tema.

Impende, ainda, prevenir que os limitados conhecimentos sobre o direito lusitano inviabilizam uma exposição detalhada, restando tão-somente debruçar sobre os pontos elementares e evidentes de demonstração de similitudes e discrepâncias nos ordenamentos confrontados.

Optou-se pela comparação com a legislação patricia, pois em matéria administrativa, quando do período monárquico brasileiro, em decorrência da política centralizante do Império, a inspiração veio de Portugal e da França, pois eram esses os países que mais se aproximavam das intenções de governança e “do viés estatista dos políticos imperiais”⁵⁵³.

⁵⁵² *Op. cit.*, p. 7, nota 177.

⁵⁵³ CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas*: o imaginário da república no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 13

Entrementes, com o advento dos ares republicanos, o anseio que sobrepujava era não “arremedar” o modelo lusitano⁵⁵⁴, razão pela qual se operou em algumas matérias um distanciamento massivo, em algumas delas de forma desafortunada.

No que tange ao instituto jurídico arbitral, Camile Rosário⁵⁵⁵ elucida que a proximidade entre o ordenamento jurídico português e brasileiro é patente, “visto que é nas Ordenações Filipinas, introduzidas por Portugal no Brasil, que a arbitragem foi primeiramente prevista”.

Celso Marcelo de Oliveira⁵⁵⁶ enuncia que todo o direito processual brasileiro “está ligado ao direito português que, por sua vez, está vinculado a basicamente todo direito ocidental”.

A intenção é buscar, na experiência portuguesa, algumas das respostas para as incongruências lógicas de uma aceitação acrítica ou de uma recusa peremptória à adoção da arbitragem na resolução de litígios administrativos.

Aliás, como destacado anteriormente, a escolha do modelo português se consolida por haver como traço comum com o país-irmão a tradição jurídica romano-germânica, bem como ao se rememorar que a estrutura jurídica atual deriva de uma plena “reconstrução das instituições políticas e judiciais após experiências de autoritarismo político”⁵⁵⁷, que, em tese, poderiam potencializar o estreitamento com as ânsias de manutenção do monopólio jurisdicional estatal.

⁵⁵⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Senado federal. *Annaes do Senado do Império do Brasil*: v. III. Rio de Janeiro, 1 a 30 ago. 1870. p. 226

⁵⁵⁵ ROSÁRIO, 2009, p. 219, nota 151.

⁵⁵⁶ Moderno direito processual civil do Brasil e Portugal. In: *Revista da ESMESC*, v. 12, n. 18, pp. 63-123, 2005. p. 75

⁵⁵⁷ CARVALHO, Ernani. O controle externo do Poder Judiciário: O Brasil e as experiências dos Conselhos de Justiça na Europa do Sul. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 43 n. 170, pp. 99-109, abr./jun. 2006. p 100.

O pano de fundo para aproximação pretendida é promissor, pois como se infere, “encontram-se Portugal e Brasil, ao se iniciar o século XXI, com sérios problemas ainda pendentes de solução, mas [...] estão por outro lado dotados de condições econômicas, políticas e culturais favoráveis para enfrentar os desafios da nova era.”⁵⁵⁸

O estudo do exemplo português dá-se a título de análise comparada por confrontação legislativa, para lançar luzes à assunção de uma linha de raciocínio para o caso brasileiro, porquanto, “é pelo Direito Comparado que se torna possível absorver experiências de outros povos, bem sucedidas ou não, a fim de melhor orientar as inovações no ordenamento jurídico de cada país da forma que melhor atenda aos interesses de suas respectivas populações”⁵⁵⁹.

A comparação das disposições legislativas de diversas ordens nacionais permite “perceber as tendências mundiais, reconhecer e aprender com as melhores fórmulas, incorporá-las com adaptações próprias, além de atentar às experiências estrangeiras, e inaugurar uma ordem jurídica mais estável e profícua para o desenvolvimento nacional”⁵⁶⁰.

A par de que o fenômeno de europeização se desdobra em uma dimensão de convergência dos modelos nacionais, do qual não resta imune o Estado Português, tem se afirmado que “os modelos de justiça administrativa de matriz nacional caracterizam-se cada vez mais por consagrarem cada vez menos traços próprios e originais”⁵⁶¹.

De sorte a não estender a análise para uma orientação e para as fixações normativas supranacionais, esta sede se dedica à análise da conformação constitucional portuguesa da justiça administrativa e a modalização da arbitragem de litígios administrativos.

⁵⁵⁸ PORTUGAL-Brasil: Presente e futuro. pp. 267-274. In: JAGUARIBE, Hélio. Brasil, mundo e homem na atualidade: estudos diversos / Helio Jaguaribe. – Brasília : Fundação Alexandre de Gusmão, 2008. p. 272

⁵⁵⁹ BANDEIRA, Luiz Fernando. Uma perspectiva em Direito Comparado da constitucionalização do Direito Administrativo em países selecionados. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 43, n. 170, pp. 245-260, abr./jun. 2006. p. 247

⁵⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 258

⁵⁶¹ FONSECA, Isabel Celeste M. *Direito processual administrativo*. Porto-Portugal: Elcla Almeida & Leitão, 2009 p. 28

Nas linhas seguintes, analisar-se-á o cenário do ordenamento português que incentivou, além da promoção de formas de “concertação” voluntária, a arbitragem para resolução de controvérsias de origem administrativa.

Para Ana Perestelo de Oliveira⁵⁶², a arbitragem administrativa “assume, hoje, significado bem diverso daquele com que se colocou no passado. Após dois séculos de progressiva penetração da arbitragem nesta área, o recurso ao instituto em estudo para a resolução de litígios jus-administrativos já não é verdadeiramente controverso”.

Com essa amostragem, condiciona-se a possibilidade de alinhamento de perspectivas para o sistema brasileiro, razão pela qual se deve registrar que pelo presente não se almeja o alcance de traços suficientemente amplos e diversificados, mas apenas diretrizes hábeis a enriquecer os estudos aqui propostos, pela contraposição de um modelo que operou a espontânea abertura à via arbitral.

Sob o ponto de vista da expressão mundial portuguesa para se obrar tais alinhos com o Brasil, pede-se licença para capitular seu retumbante histórico:

Portugal é um caso particularmente exitoso [de modelo de manutenção do apogeu histórico-político]. Teve uma importante Idade Média, um magnífico Renascimento, um belo período barroco, um esplêndido novo surto com Pombal, e está passando, depois de um século XIX social e economicamente estagnado, mas literariamente brilhante, por um novo momento de desenvolvimento e modernização⁵⁶³.

Em relação à arbitragem em luso-pátria, calha citar a síntese descritiva do instituto, empreendida em obra que cita o caso português em paralelo com outros países da Europa Continental:

⁵⁶² Op. Cit., 2007, p. , 46, nota 164.

⁵⁶³ PORTUGAL-Brasil, 2008, p. 267, nota 559.

A arbitragem está disciplinada no sistema normativo português no Livro IV do Código de Processo Civil (Decreto-lei 44.129, de 28.12.1961), intitulado *Do tribunal arbitral*, sendo que o Título I, que trata da instituição da arbitragem voluntária ou opcional, foi revogado pela Lei 31, de 29.08.1986, que passou regular inteiramente a matéria, enquanto que o Título II que versa sobre o “tribunal arbitral necessário” continuou mantido e em vigor (art.s 1525-1528).⁵⁶⁴

Assim como no Brasil, cediço que, contemporaneamente, a arbitragem se consagrou em Portugal por uma Lei de Arbitragem autônoma, denominada de Lei de Arbitragem Voluntária (LAV), que se vocacionou ao deslinde de litígios comerciais. Por seu turno, Dário Moura Vicente⁵⁶⁵ destaca no que consiste o instituto arbitral em Portugal:

No Direito português, a arbitragem consiste num meio de composição de litígios (e também de certos conflitos de interesses sem carácter contencioso, como os que se prendem com a revisão de contratos), que se caracteriza pela atribuição da competência para julgá-los a uma ou mais pessoas, escolhidas pelas próprias partes ou por terceiros, cujas decisões têm a mesma eficácia que possuem as sentenças judiciais.

A sede legislativa fundamental da matéria é hoje a Lei 31 de 1986, de 29 de Agosto, sobre a arbitragem voluntária. Esta lei foi alterada pelo Decreto-lei 38/2003, de 8 de Março, que deu nova redacção aos seus arts. 11 e 12, e complementada por diversos diplomas posteriores à sua entrada em vigor. Entre estes avultam o Decreto-lei 425/86, de 27 de Dezembro, que permite às entidades que pretendam promover, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias requerer ao Ministro da Justiça autorização para a criação dos respectivos centros

Nessa órbita, em *terrae brasilis*, impulsionado pelas reflexões de juristas renomados, acompanhou-se o embalo histórico português, pela revogação do livro de arbitragem do CPC, para despontar a Lei de Arbitragem Brasileira⁵⁶⁶, mais de 10 (dez) anos após a providência em solo lusitano.

Quanto às aptidões comparativas do ramo jurídico administrativo, em coro com José Cretella Junior⁵⁶⁷ não é demasiado afirmar que, sob o ponto de vista do direito público, “importante é a contribuição *portuguesa* para o progresso do *direito administrativo*”, outrossim, observante as possibilidades oriundas daquela ordem jurídica, este ensaio

⁵⁶⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 47, nota 36.

⁵⁶⁵ Portugal e a arbitragem internacional. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 1, n. 2, pp. 209-216, maio/ago. 2004. pp. 209-210

⁵⁶⁶ Para mais, vide item 1.4 desta.

⁵⁶⁷ *Direito administrativo brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 155

provoca uma mirada atenta às adequações normativas promovidas para promoção dos mecanismos alternativos de resolução de litígios administrativos.

A utilização da arbitragem em conflitos de cunho administrativo não é ocorrência inovadora para Portugal, como se evidencia em interessante citação histórica, era corrente a asserção que “apraz que taes questões se decidam sem appellação pela arbitragem de dois juizes clérigos escolhidos pelos litigantes, nomeando-se seguidamente outros dois, no caso de desaccordo, até haver vencimento para um dos lados”⁵⁶⁸.

Camile Rosário⁵⁶⁹ leciona que o caso brasileiro de arbitragem nos contratos administrativos firmados pelo Estado e o particular, quando analisado historicamente, é igualmente fecundo, por se observar que “esse instituto acompanha as concessões de obras e serviços públicos desde sua origem por volta de 1850, ano em que o Código Comercial brasileiro passa a vigorar parcialmente”. No mesmo sentido:

A eleição da arbitragem nos contratos administrativos firmados pela Administração e os particulares acompanha as concessões de obras e serviços públicos desde a sua origem nos idos de 1850, ano em que o Código Comercial brasileiro passa a vigorar e que ainda tem vigência parcial. Os primeiros contratos de concessão de serviços e obras públicas foram firmados pelas Províncias e o Governo Geral do Império e empresas, nos moldes do Direito europeu. As concessões outorgadas foram para obras e serviços públicos nos setores portuário, estradas de ferro, serviços urbanos etc. Diversos contratos foram firmados com empresas estrangeiras e companhias criadas com o capital público.⁵⁷⁰

Essa abertura à arbitragem administrativa se perpetuou no sistema português, a começar pela desmistificação de pré-conceitos doutrinários, nomeadamente aquele que apregoa ferimento ao princípio da legalidade⁵⁷¹, porém esta nova roupagem do entendimento não alcançou idêntica admissão ou simpatia em solo pátrio brasileiro.

⁵⁶⁸ BARROS, Henrique da Gama. *Historia da Administração Publica em Portugal nos seculos XII a XV* (4 vols.). Tomo I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1885. p. 59

⁵⁶⁹ Op. Cit., p. 227, nota 151.

⁵⁷⁰ LEMES, 2007, p. 63, nota 376.

⁵⁷¹ CAUPERS, João. A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares. In: *Cadernos de Justiça Administrativa*. n. 18, pp. 03-11, nov.-dez. 1999. p. 08.

A aceitação da arbitragem administrativa em Portugal não obistou que houvesse um constante aprimoramento legal⁵⁷², pois “a legislação lusitana não só admite amplamente a utilização da arbitragem pelos entes do Estado como a incentiva veementemente”⁵⁷³, como se infere da Resolução do Conselho de Ministros n.º 175/2001, publicado no Diário da República de 28 de dezembro daquele ano⁵⁷⁴.

Cumprido que se ponha em relevo que direito administrativo português passou por recentes mudanças legislativas, que incluíram o novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, o Código de Processo dos Tribunais Administrativos, e o Código de Contratos Públicos⁵⁷⁵, resultando em uma estruturação de Tribunais próprios para dirimir os embates de cunho administrativo, prevista na própria Constituição da República Portuguesa (CRP):

Na actualidade, a nível constitucional, o modelo nacional de justiça administrativa é desenhado como judicialista, e é, portanto, um modelo cujos mecanismos se efectivam em tribunais próprios para as questões emergentes das relações jurídicas administrativas - os tribunais administrativos. Assim é nos termos do artigo 212.º, n.º 3 CRP, sendo um modelo que visa assegurar o direito fundamental dos particulares de acesso aos tribunais e à tutela jurisdiccional efectiva.

Assim, nos termos do artigo 212.º, n.º 3 CRP, os tribunais administrativos são previstos como os tribunais comuns para resolver os litígios emergentes das relações jurídico administrativas. E o artigo 1.º do ETAF concretiza a mesma ideia. O artigo 4.º, n.º 1, explicita-a didacticamente. E neste sentido, na senda da *constitucionalização* da jurisdição administrativa reforçada sobretudo em 1989, a jurisdição administrativa tem um âmbito próprio e natural e é delimitado positivamente⁵⁷⁶.

Enuncia-se que o arcabouço legal e a estrutura orgânica dos Tribunais instituídos foram elementos importantes para o giro da compreensão de outrora empreendido em Portugal,

⁵⁷² Relembra Dalila Romão que “perante as novas soluções legislativas e manutenção das demais não abrangidas pela reforma do contencioso administrativo, pode hoje apreciar-se em que medida as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema da arbitragem sobre a anterior legislação foram ou não acolhidas e tentar compreender a figura da arbitragem na roupagem agora atribuída, ou seja, qual a arbitragem admitida atualmente no direito administrativo português”. Op. Cit., p. 185, nota 402.

⁵⁷³ FERRAZ, 2008, p. 18, nota 390.

⁵⁷⁴ Conforme leciona, José Luís Esquível, tal se opera “admitindo que, no exercício dos seus poderes discricionários ou na margem discricionária da sua actuação, a Administração Pública se encontra também perante uma área de disponibilidade, tudo se resolverá se se admitir que, nesta área, a Administração Pública pode sujeitar os litígios que à mesma digam respeito aos tribunais arbitrais”. *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*: Coimbra: Almedina, 2004. p. 215

⁵⁷⁵ ROMÃO, 2009, p. 185, nota 402.

⁵⁷⁶ FONSECA, 2009, p. 29, nota 562.

sem prejuízo do resgate da essência do pleno acesso à justiça pela arbitragem, funcionando:

[...] como uma alternativa normal aos tribunais comuns sempre que as partes pretendem dirimir uma questão controvertida. Diversamente, no domínio do Direito Administrativo, a possibilidade de as partes resolverem os seus litígios por via arbitral, abrindo mão dos tribunais administrativos para o efeito, tem sido, ao longo da história deste ramo do direito, ora simplesmente negada, ora admitida a título excepcional⁵⁷⁷.

Os tabus que caíram além-mar, tendo as ponderações ensimesmadas ruído para prestigiar o pleno acesso à já truncada prestação administrativa pelos Tribunais criados⁵⁷⁸, ainda persistem em anotações doutrinárias e referências jurisprudenciais no Brasil.

As sugestivas alterações empreendidas em Portugal vão além da mutação legislativa, insta destacar que a dinamização do sistema de justiça perpassou por várias etapas, tendo propiciado os referidos diplomas legais a adoção da arbitragem em dadas matérias, ademais, “com vista a tornar o sistema de justiça português mais operacional o Conselho de Ministros resolveu criar centros de arbitragem com competência em matéria de acção executiva”⁵⁷⁹.

Elucida Isabel Fonseca⁵⁸⁰ o que perfaz a caracterização da denominada justiça administrativa em Portugal:

A justiça administrativa compreende a resolução das questões jurídico-administrativas, que sejam atribuídas à ordem judicial dos tribunais administrativos. Resulta da leitura do art. 212.º, n.º 3 da Lei Fundamental que o legislador constituinte quis que os tribunais administrativos fossem os «tribunais comuns», a «jurisdição própria», a «jurisdição ordinária», ou a «jurisdição natural» em matéria administrativa, parecendo estabelecer neste preceito uma

⁵⁷⁷ ESQUIVÉL, 2004, p. 135, nota 575.

⁵⁷⁸ Vide: SILVA, José Luís Moreira da. A Arbitragem Administrativa tornada necessária. In: *Advocatus*: o novo agregador da advocacia. Disponível em: <<http://www.advocatus.pt/index.php/opiniaio/1669-joao-marques-pinto-orador-em-seminario-sobre-fiscalidade-no-imobiliario>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

⁵⁷⁹ GUERREIRO, Franco Caiado. Sistema de justiça português mais operacional. In: *Atualização de Informação Legal & Económica*. n. 12/2007, Dezembro 2007. Disponível em: <<http://doutrina.vlex.pt/vid/sistema-s-mais-operacional-38671726>>. Acesso em: 11 fev. 2011.

⁵⁸⁰ FONSECA, 2009, p. 54, nota 562.

reserva relativa de competência dos tribunais administrativos para «dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas». Contudo, porque se trata de uma reserva relativa de competência, tanto há matérias referentes a esses litígios que não cabem na jurisdição administrativa como existem outras que não dizem respeito a tais relações jurídico-administrativas e ainda assim são entregues aos tribunais administrativos.

Os avanços no âmbito de atuação da arbitragem em Portugal, sobretudo na seara administrativa, propiciaram uma viragem na percepção de utilização do instituto, enquanto no Brasil a autorização foi claramente restritiva:

No direito administrativo português, a legislação é clara ao dizer que a arbitragem pode ser uma forma de solucionar questões que versem sobre contratos administrativos, responsabilidade civil extracontratual do Estado e em alguns atos administrativos revogáveis sem fundamento na sua invalidade. Já no ordenamento jurídico-administrativo brasileiro esse instituto é previsto em leis ordinárias, como a Lei de Concessão do serviço público, Lei de Licitação e Contratos Administrativos, Lei de Parceria Público-Privada etc, mesmo assim, de maneira insatisfatória⁵⁸¹.

A peculiaridade do caso português, que destoa da estrutura brasileira, é a existência do denominado “contencioso administrativo”, donde, “toda a matéria de Direito Administrativo [...] em Portugal [...] não é submetida ao Judiciário, mas apenas às instâncias julgadoras administrativas, componentes do próprio quadro do Executivo, das quais a expressão maior é o Conselho de Estado.”⁵⁸²

Elenca, assim, Isabel Fonseca⁵⁸³ como se amolda organicamente a jurisdição administrativa em Portugal, e como podem ser caracterizados os Tribunais consolidados tanto na CRP quanto no CPTA:

Os órgãos permanentes da jurisdição administrativa são: o Supremo Tribunal Administrativo (= STA), o Tribunal Central Administrativo Norte (= TCA-N) e o Tribunal Central Administrativo Sul (= TCA-S) e os Tribunais Administrativos de Círculo (= TAC's), que quando funcionam agregados com os tributários, se designam Tribunais Administrativos e Fiscais (TAF's). [...]

⁵⁸¹ ROSÁRIO, 2009, p. 220, nota 151.

⁵⁸² BANDEIRA, Luiz Fernando. Uma perspectiva em Direito Comparado da constitucionalização do Direito Administrativo em países selecionados. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 43, n. 170, pp. 245-260, abr./jun. 2006. p. 251

⁵⁸³ FONSECA, 2009, p. 56, nota 562.

No entanto, importa também sublinhar que, para além dos tribunais administrativos permanentes, a organização judiciária administrativa inclui tanto os tribunais arbitrais, que são tribunais *ad hoc*, e que funcionam sobretudo em matéria de contencioso contratual e de responsabilidade civil extracontratual, como podem incluir os Centros de arbitragem⁵⁸⁴.

Conforme se extrai do Regulamento do Centro de Arbitragem do Distrito de Coimbra, publicado em periódico académico⁵⁸⁵, este órgão tem competência para dirimir conflitos com a administração pública central ou local.

Observa-se alguns contrassensos na estrutura administrativa de Portugal⁵⁸⁶. Ao passo que prospera uma dinâmica organizacional teoricamente invejável, galgada por conquistas históricas, como se evidencia pela presença do Supremo Tribunal Administrativo, com o múnus de apreciar definitivamente matérias relacionadas à ambiência do direito administrativo⁵⁸⁷, de outro giro, historicamente, “a linguagem administrativa não primou pela precisão, como se depreende da crítica que exara António Uno Neto à terminologia dos Códigos Administrativos.”⁵⁸⁸

Outra importante evidência distintiva se consolida pelo fato de que, em Portugal, o art. 202º, 4º, da Constituição da República Portuguesa afirma que “a lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos.”

⁵⁸⁴ Sobre este tema *vide* artigos 180º a 187º CPTA

⁵⁸⁵ *Revista crítica de ciências sociais*. Lisboa: Centro de Estudos Sociais, 2001. pp. 1991-1999.

⁵⁸⁶ Fundamentado em Camile Rosário, fica clara a existência de uma grande divergência legislativa no que atenta à efetiva voluntariedade da arbitragem administrativa em Portugal que se infere no CPTA e na LAV, porquanto a referência à possibilidade de exigir que o Estado celebre compromisso arbitral, fere-se o objetivo principal desta lei, que é a opção pela convenção arbitral, ao fundamento de que a cogência deriva da hipersuficiência da Administração Pública em contraposição à hipossuficiência do interessado, geralmente do setor privado, todavia, essa afirmação nem sempre procede, sobremaneira ao se aventar que em se tratando de multinacionais o poderio econômico, e até mesmo político, suprime a necessidade de equiparação de desiguais. *Op. cit.*, p. 238, nota 151.

⁵⁸⁷ RODRIGUES, Edison Pereira. A relação entre o contencioso administrativo e judicial em matéria tributária (reiteração de atos, lançamentos preventivos da decadência, dificuldades na obtenção de certidões negativas, etc.). In: *Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte, v. 1, n. 2, pp. 221-238, jul./dez. 2004. p. 226

⁵⁸⁸ CATROGA, Fernando. Natureza e história na fundamentação do municipalismo. In: *Estudos em homenagem a Luís António de Oliveira Ramos*. v. II. pp. 407-420. Cidade do Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2004. p. 418

Dessa forma, aparentemente não há, apenas, o direito fundamental de acesso ao Judiciário, mas, também, à Arbitragem como forma de *celeridade e eficiência* na prestação do serviço público jurisdicional. Quanto a essa prodigiosa possibilidade, é possível inferir:

O primeiro aspecto a sublinhar a propósito do nosso tema é o de que não vigora em Portugal uma reserva de jurisdição estadual no que respeita aos litígios que envolvam a Administração Pública. Neste sentido deve ser, por isso, interpretado o artigo 212º n.º3 da Constituição da República Portuguesa (CRP), quando determina que “compete aos tribunais administrativos e fiscais os julgamentos das ações e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”.

Com efeito, o artigo 209º da CRP, ao enunciar as categorias de tribunais existentes na ordem jurídica portuguesa, faz referência expressa, no n.º2 aos tribunais arbitrais. Deste modo, e ao contrário do que sucede noutros países, a Constituição portuguesa não se limita, pois, a assumir a regra da admissibilidade do recurso à arbitragem como uma forma normal de resolver conflitos jurídicos, mas vai mais longe, de modo inequívoco, a natureza jurisdicional dos tribunais arbitrais, na actividade que eles são chamados a desempenhar e, portanto, das decisões que por elas são proferidas.

Ora como é evidente e tal como sucede, desde logo, com o artigo 211º da CRP, que define o âmbito da jurisdição dos tribunais judiciais, também o artigo 212º n.º3, não pode deixar de ser lido de harmonia com o artigo 209º n.º2, para o efeito de se dever entender que ele só confere poderes de jurisdição aos tribunais (administrativos e fiscais) do Estado sob reserva da existência de tribunais arbitrais e, portanto, da possibilidade da sua intervenção, com a extensão que ao legislador cumpre delimitar, no exercício da sua natural liberdade de conformação. Do ponto de vista constitucional, não se vê, na verdade, por que motivo se há de, para este efeito, entender que essa liberdade de conformação resulta do artigo 212º n.º3, da CRP com uma extensão mais limitada do que aquela que, no que diz respeito à resolução de litígios de natureza privada, resulta do artigo 211º n.º1.⁵⁸⁹

No que diz respeito à contratação estatal, insta clarificar que considerando que esses contratos visam à consecução de actividades económicas ou prestação de serviços que espelham a finalidade pública, é possível encartá-los dentro de uma das três modalidades de contratos estatais, quais sejam, contratos administrativos, contratos privados da Administração Pública, ou contratos internacionais firmados pelos entes públicos, quaisquer das espécies narradas, serão regidos notadamente por normas de direito público.

⁵⁸⁹ ALMEIDA, Mário Aroso de. Arbitragem no Direito Administrativo Português, pp. 95-118. In: CONGRESSO Luso-Hispano de profesores de derecho administrativo (Barcelona, 2002). *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*. Madrid: Instituto de Administración Pública, 2004. p. 95

Para restar respaldado com maior segurança jurídica, o contratado almeja, e muitas vezes exige, como condição ao investimento de capital privado no Estado, a estipulação de arbitragem como método resolução de conflitos entre o Estado e os investidores privados.

Em Portugal, ainda no contexto dos contratos como instrumentos de resolução de litígios, subsiste como mecanismo de consolidação do regime jurídico da arbitragem, as atividades desenvolvidas pelo Centro de Arbitragem Administrativa, tais atuações revestem-se de cunho decisional pleno, por força da disposição do Artigo 5º do Regulamento de Arbitragem do próprio Centro, e da Portaria nº 1120/2002, de 30 de setembro daquele ano⁵⁹⁰.

Enquanto no Brasil perduram discordâncias homéricas quanto à abstrata admissibilidade do recurso à via arbitral por pessoas jurídicas de direito público e pelo Estado, enuncia Ana Perestelo⁵⁹¹ que em Portugal se encontra “ultrapassado [...] o tradicional dogma da interdição da arbitragem no campo jurídico-público”, é possível destacar que “no caso específico do direito administrativo português, a arbitragem apresenta-se com agilidade tanto no seio do procedimento administrativo como no seio do contencioso administrativo, fato a que não é alheio o crescente evoluir dos direitos administrativos especiais e a complexidade técnica que lhes é inerente.”⁵⁹²

Diversamente do que ocorre no Brasil, em que inexistente uma distinção remarcada entre a arbitragem doméstica e internacional, esta diferenciação é apreendida pelos interessados envolvidos, pela natureza da obrigação gerada e por local de cumprimento, em Portugal “a arbitragem internacional é definida pelo artigo 32 da Lei 31, de 1986 como ‘a que põe em jogo interesses do comércio internacional’”. Diz-se que a fórmula adotada, foi “inspirada no Direito francês, visa abranger todas as arbitragens que tenham por objecto litígios emergentes de operações económicas que envolvam a circulação de bens, serviços ou capitais através das fronteiras. Nela não se inclui a arbitragem entre Estados ou outros

⁵⁹⁰ SILVA, Suzana Tavares da. *Um novo direito administrativo?* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. pp. 70-71

⁵⁹¹ OLIVEIRA, 2007, p.11, nota 164.

⁵⁹² ROMÃO, 2009, p. 185, nota 402.

sujeitos de Direito Internacional (*hoc sensu*, a arbitragem de Direito Internacional Público)⁵⁹³.

Na medida em que Portugal e Brasil mantenham essa tendência, e a cultura luso-brasileira conduza à aceitação dessas novas potencialidades de resolução de litígios administrativos, darão uma decisiva contribuição para que o mundo enfrente os desafios do século XXI.⁵⁹⁴

Ao Direito Administrativo Internacional consiste determinar a lei administrativa aplicável na resolução de situações jurídicas envolvendo estruturas da Administração pública e os particulares, guardando elementos de conexão com diversos ordenamentos jurídicos. Tal objeto de análise do Direito Administrativo Internacional se preocupa, antes de tudo, com a forma de aplicação da lei administrativa em matéria de competência quando se encontrar diante de um conflito de leis administrativas de autoridades do direito interno versus autoridades de vários outros Estados, como pode suscitar no âmbito, por exemplo, da União Européia. Neste caso para saber qual a lei administrativa a ser aplicada deve-se recorrer ao Direito Administrativo Internacional. E acrescenta, que o Direito Português prevê para os casos de conflitos de competência concorrente com outros sistemas jurídicos, se poder recorrer ao direito estrangeiro para indicar qual a autoridade competente para a prática de um ato que produz efeitos em Portugal. A respeito da nova dimensão da Administração Pública, a autora Maria João Estorninho tem ressaltado que a doutrina portuguesa destaca a questão da complexidade de novos métodos de atuação administrativa[...]. Aqui tem-se como relevante recordar que o procedimento tornou-se também mecanismo estrutural da tese do direito administrativo global. Ainda que este tema seja adstrito à atuação de “direito privado” da Administração [...], consideramos que não se aparta das influências do DAI [Direito Administrativo Internacional], pois, como já referimos neste estudo, a centralidade de uma nova concepção do DAI [Direito Administrativo Internacional] ou do DAG [Direito Administrativo Global] tem como uma das funções refletir novos padrões de procedimentos e instrumentos que permitam à Administração doméstica dar cumprimento eficaz às suas funções. A autora portuguesa tem sustentado acerca do procedimento administrativo e de uma conformidade com a complexidade da atuação administrativa a necessidade de uma perspectiva global.⁵⁹⁵

Enaltece-se, nesta sede, os avanços da arbitragem em Portugal, porque até bem recentemente, toda a resistência cultural apontada para o caso brasileiro imperava em âmbito lusitano, tendo os patricios antevisto que a falta de tradição em Portugal no sentido da arbitragem e o desejado aumento da sua importância prática não poderia ser obtida com

⁵⁹³ VICENTE, 2004, p. 213, nota 566.

⁵⁹⁴ PORTUGAL-Brasil, 2008, p. 267, nota 559.

⁵⁹⁵ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o Novo Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 196

a mera afirmação da sua necessidade, e, sim, com a demonstração de existência de claras vantagens para quem dela se socorra⁵⁹⁶.

Pondera-se que assim como o caos observado no Judiciário brasileiro tem afligido a juristas e não-juristas, se multiplicava exponencialmente as demandas nos recém-criados Tribunais Administrativos em Portugal, ambiente profícuo para demonstração dos benefícios da arbitragem. Insta salientar que campo igualmente fértil se apresenta para idêntica providência no Brasil, sobretudo em matéria administrativa.

“Sabedores do desprezo brasileiro pelo levantamento estatístico”, a análise geral da massiva responsabilidade da Administração Pública no grande vulto de processos em tramitação perante o Judiciário, “naturalmente, restava à mercê de uma certa dose de imprecisão ou, até mesmo, de especulação”⁵⁹⁷, dirimida pelas substanciais ponderações de mais abalizada doutrina:

Após reiterados estudos e debates, nos quais tomaram parte os nossos mais cultos e experientes juristas e advogados, com o pronunciamento sereno e objetivo de nossos mais esclarecidos magistrados, creio que já foi atendida grande parte da Crise da Justiça, com a promulgação da recente EC 45, de 08.12.2004. Restaram, todavia, em suspenso algumas importantes questões, além de demandarem longo tempo as reformas legislativas programadas. [...] Não posso, outrossim, deixar de ponderar que, como os dados estatísticos o demonstram, a maior parte dos processos judiciais pendentes de julgamento final corresponde a ações propostas pelos três graus da Administração Pública federal, estadual e municipal, sempre inconformados com as decisões favoráveis aos contribuintes, não obstante sucessivas decisões dos Tribunais superiores, o que vem comprovar a feliz e benéfica instauração da súmula vinculante, erroneamente considerada forma de cerceamento da competência dos Juízes de primeira instância, bem como de pleno acesso à Justiça.⁵⁹⁸

Outrossim, a demonstração dessa sempre reafirmada certeza de que abarrotamento da atividade judiciária derivava da participação das Entidades Públicas, ou mesmo a

⁵⁹⁶ SILVA, Carlos Manuel Ferreira da. Arbitragem e conciliação: presente e futuro - A situação em Portugal. In: *Revista de Processo*. v. 107, jul-set. 2002. p. 209

⁵⁹⁷ MARTINS, Pedro Antônio Batista. O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro anos da Lei 9.307/96 (4.ª e última parte). In: *Revista forense*: mensário nacional de doutrina, jurisprudência e legislação. v. 98, n. 360, p. 87-103, mar./abr. 2002. p. 98

⁵⁹⁸ REALE, 2005, p. 11, nota 167

demonstração da inverdade desta alegação, demandava uma pesquisa minuciosa e detalhada, que foi executada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Do empreendimento dessa análise, constatou-se que 51% dos processos em tramitação no Brasil têm como parte entes públicos⁵⁹⁹, números que corroboram às asserções sempre repetidas pelo senso comum.

Reitera-se, assim, a necessidade de se proceder à releitura de dogmas cristalizados, propiciando que a doutrina e a jurisprudência assumam o entendimento da indubitosa importância de se oportunizar a facilitação do acesso à arbitragem, sobremaneira em questões administrativas, e que se promova o estreitamento de laços pela formalização de um necessário diálogo entre a arbitragem e o Poder Judiciário: esta tão ansiada aproximação parece ter se iniciado recentemente⁶⁰⁰.

Visando a identificação estatística da correlação da arbitragem com o Poder Judiciário, quadra destacar o pioneirismo da iniciativa da Prof. Selma Maria Ferreira Lemes, que, juntamente com orientandos, procedeu ao mapeamento do entendimento do instituto arbitral e suas particularidades em alguns tribunais pátrios, apresentando gráficos extraídos com base nos bancos de dados desenvolvidos, de sorte a promover a necessária apresentação do forte liame entre a atividade judiciária estatal e o desempenho da justiça privada⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ No dia 02 de maio de 2011, ocorreu o Seminário “100 maiores litigantes”, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Na ocasião, foi debatido o relatório dos cem maiores litigantes do país, divulgado em março pelo CNJ. O relatório é resultado de extensa pesquisa feita pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ em todos os tribunais do país. Durante o seminário, que contou com a presença dos representantes dessas instituições litigantes, foram discutidas possibilidades de solução para reduzir o grande número de demandas envolvendo esses órgãos e o Poder Judiciário. O Seminário conforma a apresentação de mais uma estratégia do CNJ para tornar a Justiça mais célere e eficiente para o cidadão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178235>>. Acesso em: 03 mai. 2011. O relatório completo desenvolvido pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) encontra-se disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>.

⁶⁰⁰ O Supremo Tribunal Federal (STF) sediou a realização do seminário "Poder Judiciário e Arbitragem: diálogo necessário", ocorrido no dia 02 de maio de 2011, que teve como objetivo propiciar a discussão sobre a importância do Judiciário para a arbitragem e da arbitragem para o jurisdicionado. Maiores detalhes em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178050>>. Acesso em: 03 mai. 2011.

⁶⁰¹ Mais em: PROJETO de pesquisa "Arbitragem e o poder judiciário": parceria institucional acadêmico-científica da escola de direito de São Paulo da fundação Getúlio Vargas (direito GV) e do comitê brasileiro de

E como fecho ao anseio de apropriação dessas identificações menos refratárias aos benefícios que o instituto da arbitragem habilita, convém destacar a exaltação do modelo português capitaneada por Selma Lemes⁶⁰²:

Estes casos representam a antítese do que se verifica no mundo. Em Portugal, por exemplo, uma resolução expedida pelo Conselho de Ministros em 2001, orientando o setor público, na linha legal, a utilizar a arbitragem, determinou que “o reforço da qualidade da democracia e o aprofundamento da cidadania sugerem também a construção de uma nova relação do Estado com os cidadãos e com as empresas. Exige que o Estado, ele mesmo, voluntariamente, aceite e promova exemplarmente a resolução de seus litígios fora dos tribunais.” Os bons ventos de além-mar precisam ecoar em plagas brasileiras.

Cogitar o contrário significa obrar em involução gritante às conquistas da arbitragem comercial internacional em prol da mimetização de dogmas inverossímeis, posto que o ordenamento deve ser concebido como um todo sistêmico, ademais, as discussões que tratam do *topoi* em registro pouco têm engrandecido a cena jurídica, dado que destoam aludidas convicções dos reclamos da ordem jurídica, questão que avulta em importância ao se rememorar que “o excesso de conservadorismo inteligente dos juristas tende a manter antigas e ultrapassadas categorias, com mudanças muitas vezes cosméticas, quando a realidade não autoriza tão lento caminhar”⁶⁰³.

arbitragem (CBAr) / coordenação : Daniela Monteiro Gabbay, Rafael Francisco Alves, Selma Ferreira Lemes. In: *Revista brasileira de arbitragem*, v. 4, n. 19, p. 7-23, jul./set. 2008.

⁶⁰² LEMES, 2003, p. E- 2, nota 389.

⁶⁰³ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Os sistemas duais e sua crise: o fim das grandes certezas*. In: **Direitos & Deveres**. Centro de Ciências Jurídicas – CJUR, n. 05 (jul./dez. 1999), Ano II, Maceió: Imprensa Universitária, UFAL, 2000. p. 116.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta sede, procedeu-se à identificação do panorama inicial da arbitragem envolvendo as entidades públicas, orientações captadas a partir do questionamento da possibilidade de adoção do instituto.

O tema envolvente desta investigação propicia uma série de indagações derivadas das estipulações legais definidoras da arbitragem administrativa e das consagrações multifacetadas produzidas pela doutrina e pela jurisprudência, gerando orientações ainda pendulares, derivadas dos já mencionados incipientes avanços legislativos acerca da matéria.

Antes de se avançar para o desfecho concludente, é mister retomar o curso do ensaio proposto, relembrando as colocações fixadas em cada um dos capítulos apresentados.

O objeto da pesquisa se desenvolveu através de uma linha mestra de identificação conceitual da arbitragem, entendida como meio harmônico e pacífico de resolução ponderada das controvérsias surgidas, tendo sido esta a explanação do primeiro capítulo.

As noções inaugurais deram conta do histórico da arbitragem, nas searas nacional e internacional, projetando a noção de arbitragem como forma autônoma de resolução de litígio por terceiro indicado para prolação de decisão vinculativa.

Desta ordem enunciativa, identificou-se as correntes consagradoras da natureza jurídica do instituto, sendo elas, de cunho contratual, jurisdicional, misto e parajurisdicional. Apontada a irrelevância de se aderir a uma ou outra conceituação doutrinária, se não para a possibilidade de configuração do pleno acesso à justiça, arrolou-se algumas considerações sobre arbitrabilidade, sobre as vantagens e desvantagens do instituto, e as diferenciações empreendidas quanto à arbitragem doméstica, estrangeira e internacional.

Após as análises promovidas, concluiu-se na investigação geral que a arbitragem somente será conduzida ao posto que lhe é devido quando se patentear, pela sua necessária difusão cultural, que ela se presta à manutenção da tão almejada segurança jurídica, bem assim, no momento em que a doutrina internalizar que o instituto arbitral somente será alçada ao *status* desejado pela manutenção de regras flexíveis, tanto no âmbito privado, quanto na seara de atuação pública.

Na segunda parte da dissertação, estampado no Capítulo II, refletiu-se acerca da definição de Administração Pública, em suas vertentes direta e indireta, e discorreu-se, ainda, sobre as modalidades de contratação pública.

As aludidas projeções se operaram para trazer luz à demanda de cooperação invocada pela nova dinâmica imperante em cenário internacional, e a partir daí, efetuou-se no terceiro capítulo a abordagem sobre a arbitragem administrativa em si, nas modalidades nacional e internacional.

Em busca do elenco de possibilidades à apreensão coerente da complexidade do processo de globalização, a abordagem apresentada nesta sede ostentou a audaciosa pretensão de revelar, sinteticamente, a amplitude dos desafios expostos pelas diversas linhas de investigação do Direito, sobremaneira as impressões atualmente desenvolvidas pelo Direito Processual Civil, pelo Direito Administrativo e pelo Direito Internacional Privado, que direta ou indiretamente têm influenciado nos rumos de aceitação e recusa da utilização da heterocomposição privada de conflitos envolvendo Entes Públicos.

O ensaio almejou adensar a pesquisa, ainda débil e controvertida sobre a matéria, e aplicá-la diretamente às percepções doutrinárias e jurisprudenciais sobre a utilização da arbitragem na eliminação de contendas com envolvimento estatal, para, finalmente, a título elucidativo, arrolar posições mais ou menos universalizáveis sobre o tema em foco.

Não se tira de questão que a arbitragem em matéria administrativa é instrumento útil, eficiente, necessário, ademais, trata-se de instituto disponibilizado ao Estado e às entidades públicas para deslinde de situações em que se deflagram controvérsias, e até mesmo para propiciar a instituição de relações pacíficas.

De início, a pesquisa encetada abraçou o desafio acadêmico de enquadramento da arbitragem como instituto processual, todavia, o fundamento da averiguação se pautou na dimensão da consensualidade para resolução de litígios, tendência despontada como evidência dinâmica do processo civil contemporâneo, e, por óbvio, os reflexos dessa inclinação tangenciam as relações negociais de cunho administrativo.

Na ambiência do contraditório renovado, como corolário da atuação processual, a referência principiológica se evidencia como essência do resgate da consensualidade nas contratações públicas.

A questão relativa à possibilidade de utilização do instituto da arbitragem por entes da administração pública direta e indireta, apesar de ainda frágil, parece caminhar para a consolidação de uma posição favorável.

Da pesquisa foi possível depreender que se credita à doutrina o florescimento de três concepções sobre a possibilidade jurídica de a Administração Pública submeter seus conflitos à arbitragem: (i) aquela que admite a utilização do instituto arbitral, desde que autorizada expressamente pelo ordenamento pátrio; (ii) a que ventila a cabal inconstitucionalidade das atuações de jurisdição privada para deslinde de questões administrativas; (iii) a que reflete que a autorização se deduz da Lei de Arbitragem Brasileira, da Lei de Licitações e Contratos, e do próprio texto constitucional, haurindo sua permissão da carrega principiológica.

Com efeito, demonstram-se cada vez mais freqüentes as manifestações legislativas, doutrinárias e jurisprudências que afirmam ser plenamente válida a utilização do instituto

da arbitragem pelo Estado e seus entes para dirimir questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis, em consonância com o que dispõe o artigo 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), fixador dos dilemas da arbitrabilidade objetiva e subjetiva.

Da percepção das legislações nacionais que versam sobre arbitragem, tomadas como pano de fundo, o trabalho intentou arrolar as condições que habilitam proceder à adoção dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos em contratos públicos.

O panorama nacional, particularmente em foros políticos e acadêmicos, propõe questionamentos sobre a viabilidade de adoção da arbitragem, ademais, suscitam a determinação de quais modalidades de atuação, com quais alcances e com que limites e condições de aplicação o direito vigente suporta a utilização do método heterocompositivo em âmbito administrativo.

Nesta sede evidenciou-se a proclamação da almejada viragem no resultado dos embates entre administrativistas conservadores e processualistas progressistas, de sorte a fazer prosperar, pela arbitragem, a resolução lúbrica dos desencontros de interesses surgidos nos contratos estatais.

A teor da previsão da Constituição Federal, da legislação infraconstitucional, da doutrina de escol, e, até mesmo da jurisprudência pátria, o deslinde de diferendos nos contratos públicos pela via arbitral se evidencia progressivamente como uma exitosa possibilidade.

As análises retro consagradas propiciaram demonstrar, de maneira performática, que a arbitragem e os contratos públicos, longe de conservarem o antagonismo decantado pelos publicistas, são institutos jurídicos complementares, sobremaneira ao se atentar para os intercâmbios econômicos vivenciados na sociedade pós-moderna.

A pretendida coalizão se opera pela simbiose do arcabouço de distintos ramos do direito, em especial do direito administrativo e do direito processual civil, nos seus aportes de utilização de mecanismos alternativos de resolução de discórdias contratuais de âmbito administrativo.

Como destacado anteriormente, o instituto arbitral desponta como método conveniente e impassível de descarte na atual dinâmica do processo civil contemporâneo, animado pelo contraditório renovado e pela consensualidade, com substancial incremento de seu uso na solução de entrechoques havidos em contratos públicos.

Atentando para a presciência dos recentes permissivos legais à utilização da via arbitral como método de resolução de conflitos, destacou-se que, na aplicação prática, a arbitragem tem sofrido reveses devido a certas tendências jurisprudenciais e a dadas orientações de organismos de controle legislativo vocacionadas a circunscrever o conhecimento da matéria e aptidão para debelar as crises surgidas nas contratações de ordem estatal e paraestatal aos juízes togados e aos membros dos Tribunais de Contas, o que parece um equívoco gritante, a beirar a pretensão maledicente de não esvaziamento das atribuições e competências do Judiciário, dos TCEs e do TCU.

Tratando dos correntes entrechoques doutrinários e jurisprudenciais acerca da possibilidade de utilização da arbitragem comercial internacional nos contratos administrativos, é por se concluir que não se pode conceber como suficiente à dinamicidade e às exigências do cenário nacional que mitigações provenientes de repúdios doutrinários ou costumeiros à utilização da arbitragem, ou supostas marcas principiológicas constitucionais denegatórias, apequenem a verve da arbitragem comercial no âmbito dos contratos administrativos firmados no Brasil.

O grande desafio do direito pátrio erige-se no questionamento de como minorar as resistências à via arbitral e atenuar as inflexões que rechaçam a interpenetração entre as áreas do conhecimento jurídico, posto que se urge por tendências reformadoras que

afastem a concepção simplória de impossibilidade de intersecção do suporte doutrinário oriundo do direito administrativo e do direito processual civil.

Ao alcance do sobredito escopo, não exorbita ter em conta que a fixação de institutos e pontuações artificiosas, de ressalvas limitativas previstas em legislação editada preteritamente ao advento da novel legislação arbitral do Brasil, e de orientações apartadas dos anseios inovadores, tão-somente obsta que os operadores se apropriem de opções inovadoras, aquelas que almejam arejar os encastelamentos injustificados dos preceitos normativos pátrios, e os detratores da evolução o fazem ante a maior facilidade de escorar-se em impressões bolorentas, obsoletas e dogmáticas.

Outrossim, nesta sede se prestigiou o estudo de brevíssimas anotações acerca de alguns dos pontos nevrálgicos da opção pela arbitragem em contratos administrativos, salientando as dissonâncias doutrinárias sobre o tema em foco, lançando breves comentários sobre o posicionamento jurisprudencial.

À guisa de quaisquer incompreensões acerca da temática, oportuno que os operadores jurídicos se depurem dos juízos retrógrados e irrefletidos para aquiescer que todos os esforços em matéria de arbitragem em contratos públicos laboram para consecução do deslinde da controvérsia de forma célere e instrumentalizada com todo um aporte técnico específico, próprio da via arbitral.

As discussões que gravitam sobre o problema da mescla entre o público e o privado na Administração Pública observam especificidades, que nem sempre atingem consensos doutrinários ou jurisprudenciais. A despeito das percepções registradas, esta sede se prestou a elencar os paradoxos práticos das negativas categóricas e impensadas à utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos envolvendo o Estado e todas as demais entidades públicas, e observar, comparativamente, como essa viragem na tradição arraigada na jurisdição estatal se operou exitosamente em Portugal.

Conclui-se, assim, que a Administração Pública deve se apropriar da salutar onda de reordenação do pensamento jurídico, que tem proclamado a compatibilidade entre a participação estatal na vida econômica e o pleno exercício da autonomia da vontade para celebrar contratos que habilitem a submissão à via arbitral, por cediço que tais empreendimentos se dão em prestígio ao interesse público, uma vez que propicia o deslinde da controvérsia em prazo que não resulte na incidência dos efeitos deletérios do tempo na relação estabelecida entre os envolvidos.

Com esses singelos esforços, sobremaneira os de cunho acadêmico, vislumbra-se que cada vez mais será possível assistir ao fortalecimento do juízo arbitral no Brasil, notadamente no âmbito do Direito Público, que contará com uma moderna, eficiente e célere forma de solução de conflitos, responsável pela harmonização das por vezes pouco harmoniosas relações jurídico-administrativas em nosso país, e, dessa forma, auxiliar o Brasil a nadar com a maré da pós-modernidade.

Sub censura.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

A EXPANSÃO da arbitragem. In: *O Estado de São Paulo, Notas e informações*, 25 abr. 2010.

ALENÇA FILHO, Cláudio. *Validade e Eficácia da Convenção de Arbitragem em contratos administrativos*. pp. 436-453. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3. n. 9, pp. 262-276, abr./jun. 2006.

ALVES, Eliana Calmon. *A arbitragem internacional*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, DF, v. 16, n. 1, jan./jun. 2004.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 10. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ALVIK, Ivar. Contracting with sovereignty: state contracts and international arbitration. In: *Studies in international law*; v. 31. Oxford; Portland, Or.: Hart Publishing, 2011. Disponível em: <<http://otago.lconz.ac.nz/vwebv/holdingsInfo?bibId=1968373>>. Acesso em: 08 fev. 2011.

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do Comércio Internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do [Coord.]. *Direito do Comércio Internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A arbitragem: solução alternativa de conflitos. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal*, n. 2, p. 149-173, maio/ago. 1996.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O Papel do poder judiciário em uma democracia representativa*. *BDJur*, Brasília, DF. 11 dez. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/11473>>. Acesso em: 11 mar. 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 42, n. 167, pp. 293-310, jul./set. 2005.

ARANA, Josyler; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Direito internacional: seus tribunais e meios de solução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira* – 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado*: teoria e prática. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARGOLLO, Oscar. Anotações históricas sobre arbitragem, desde os primórdios até atualidade, pp. 1-27. In: *Prática em arbitragem*. / coordenação Teresa Cristina G. PANTOJA; Carlos Henrique de C. Fróes. [et al.] Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARMELIN, Donaldo. *Competência internacional*. Revista de processo, v.1, n.2, p.131-158, abr./jun., 1976.

ARRUDA ALVIM, Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material. In: *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ÁVILA, Fernando Bastos de. *Pequena Enciclopédia de doutrina social da Igreja*. São Paulo: Loyola, 1993.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *O direito público em tempos de crise*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Arbitragem. In: *Revista CEJ*, Brasília, n. 24, pp.67-74, jan/mar2004.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. A Administração Pública, os contratos e as obrigações de pagamento. In: *Revista dos Tribunais*, Fasc. Cív., a. 86, v. 739, pp. 43-52, mai. 1997.

BALES, Richard. An Introduction to Arbitration. Section Alternate Dispute Resolution. *Bench & Bar*, pp. 2-3, March 2006.

BALESTRA, Ricardo R. *Derecho Internacional Privado*: Parte Especial. Buenos Aires: LexisNexis - Abeledo-Perrot, 1997.

BANDEIRA, Luiz Fernando. Uma perspectiva em Direito Comparado da constitucionalização do Direito Administrativo em países selecionados. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 43, n. 170, pp. 245-260, abr./jun. 2006.

BAPTISTA, Luiz Olavo (Coord.). *Estudos em Homenagem a Irineu Strenger*: Direito e Comércio Internacional, Tendências e Perspectivas. São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Dos Contratos Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARBI, Celso. Execução específica de cláusula arbitral. In: *Revista dos Tribunais/ Fasc. Civ.* a. 85, v. 732, pp. 64-74, out. 1996.

_____. Análise da funcionalidade do sistema de solução de disputas do Mercosul. pp. 101-113 In: *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A importação de modelos jurídicos. In: *Temas de direito processual*: (oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual*: (oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: *Temas de direito processual*: (nona Série). São Paulo: Saraiva, 2007.

BARRAL, Welber Oliveira. *A arbitragem e seus mitos*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000.

_____. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARROS, Henrique da Gama. *Historia da Administração Publica em Portugal nos seculos XII a XV* (4 vols.). Tomo I, Lisboa : Imprensa Nacional, 1885.

BARROSO, Luís Roberto. *Vide* Sociedade de economia mista prestadora de serviço público, cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASSO, Maristela. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 3, n. 9. pp. 307-314. jul./set. 2000.

_____. *Contratos Internacionais do Comércio, Negociação, Conclusão, Prática*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Direito do comércio internacional*. Maristela Basso, Maurício Almeida Prado e Daniela Zaitz. Curitiba: Juruá, 2005.

BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. A superação da *summa divisio*. In: *Correio Braziliense*, Brasília. Caderno Direito e Justiça, n. 15100, 20 set. 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; KISS Eduardo Amaral Gurgel. *Contratos Internacionais*. v. VI, São Paulo: Saraiva, 1990.

BENZ, Paulo André. A mercearia da esquina, a economia globalizada e a legitimidade do poder. *Revista do Insitituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 25, pp. 141-156, abr./jul. 1999.

BERTOLDI, Valentina. L'arbitrato come giudizio privato: profili sistematici e connessione per garanzia. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè editore, pp. 289-319, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. parcerias público-privadas (ppps) e a Constituição. In: *Revista de Direito Administrativo*. v. 241, Rio de Janeiro, jul.-set. 2005.

BITTENCOURT, Sidney. *Questões polêmicas sobre licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias editora, 1999.

BLACKABY, Nigel. América Latina e el arbitraje: ¿se malinterpretó a Carlos Calvo? In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 2, n. 4, p. 111-119, jan./mar. 2005.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev. e atualizada. Curitiba: Juruá, 2006.

BÖHLKE, Marcelo. *Integração regional & autonomia do seu ordenamento jurídico*. 1. ed., 4ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2007.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. Equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos. In: *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, pp. 82-88, fev. 1997.

BORN, Gary. *International commercial arbitration: commentary and materials*. 2. ed. New York: Kluwer Law International, 2001.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 out. 2010.

_____. Congresso Nacional. Senado federal. *Annaes do Senado do Império do Brasil*: v. III. Rio de Janeiro, 1 a 30 ago. 1870.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1552 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/1998, DJ 17-04-1998 pp-00002 ement. v.-01906-01 pp-00088. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=empresas públicas\(@JULG >= 19970417\)\(@JULG <= 19980417\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=empresas+públicas(@JULG >= 19970417)(@JULG <= 19980417)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 mai. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 89217, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Décio Miranda, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/1979, DJ 26-10-1979 pp-08045 EMENT v-01150-02 pp-00318 RTJ v.-00091-03 pp-01009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE+89217&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Sentença Estrangeira SE 5.206 – AgR/Reino da Espanha. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Acórdão de 12 dez. 2001. Publicação no DJ de 30 abr. 2004.

_____. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações básicas*/Tribunal de Contas da União. 3. ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006.

_____. Tribunal de Contas da União. TC-005.123/2005-4, Acórdão nº 1.271/2005, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, Data do Julgamento: 24/08/2005.

_____. Tribunal de Contas da União. TC-005.250/2002-2, Acórdão nº 537/2006, 2ª C., Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Data do Julgamento: 14/03/2006.

BREGLER, Eduardo. Arbitragem nos contratos privados. In: *Revista dos Tribunais*, a. 86, v. 745, pp. 59-66, nov. 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo; FURTADO, Paulo. Lei da arbitragem comentada: breves comentários à lei n. 9307, de 23-9-1996. São Paulo: Saraiva, 1997.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, n. 2, pp. 449-463, Apr./Giu. 2005.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Arbitragem: Lei nº9.307/96*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. In: *Revista de Processo*. v. 19, n. 74, pp. 82-97, abr.- jun. 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CÁRDENAS, Sara L. Feldstein de. *Contratos Internacionales*. Buenos Aires: LexisNexis - Abeledo-Perrot, 1995.

CARMONA, Carlos Alberto. A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias. In: *Revista de Processo*. a. 14, v. 56, out. 1989.

_____. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. In: *Revista de Processo*, a. 35, v. 57, jan.1990.

_____. Arbitragem e Jurisdição. In: *Revista de Processo*. a. 35, v. 58, abr. 1990.

_____. *A Arbitragem no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. In: *Revista de Processo*, a. 22, v. 87, jul. 1997.

_____. O processo arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, a. 1, v. 1, jan. 2004.

_____. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direto material. In: *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Teoria Geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. *Princípios processuais e execução forçada*. In: *Direito na doutrina*. v. 3. Curitiba: Juruá. 2002.

_____. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Comentários à Lei de Arbitragem - Lei 9.307, de 23 de Setembro de 1996*. 2. ed. rev. e atual. por Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral, Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. rev ampl.e atualizada .Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

CARVALHO, Antonio Gledson de; OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, 2001.

CARVALHO, Ernani. O controle externo do Poder Judiciário: O Brasil e as experiências dos Conselhos de Justiça na Europa do Sul. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 43 n. 170, pp. 99-109, abr./jun. 2006.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da república no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

CARVALHO, Leonardo Arquimino de. *Política internacional, política externa & relações internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006.

CASELLA, Paulo Borba. (Coord.); ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul: após o término do período de transição*. São Paulo: Ed. LTR, 1996; ARAÚJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem**: a nova lei brasileira e a praxe internacional. São Paulo: LTr, 1996.

CASTRO, Flavia Lages. *História do direito: geral e Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CASTRO, Myriam Salcedo. *El arbitraje en los contratos concluídos por la administración*. Estudio de derecho comparado francés y colombiano. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.

CATROGA, Fernando. Natureza e história na fundamentação do municipalismo. In: *Estudos em homenagem a Luís António de Oliveira Ramos*. v. II. pp. 407-420. Cidade do Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2004.

CAUPERS, João. A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares. In: *Cadernos de Justiça Administrativa*. n. 18, pp. 03-11, nov.-dez. 1999.

CERQUEIRA, Luís Eduardo Bianchi. *Ordem jurídica internacional & internacionalização do capital*. Curitiba: Juruá, 2007.

CONGRESSO Luso-Hispano de professores de derecho administrativo (Barcelona, 2002). *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*. Madrid: Instituto de Administración Pública, 2004.

COSTA, José Augusto Fontoura. Sobre luzes e sombras: arbitragem. In: *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 48, pp. 110-117, jan./mar. 2010.

COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a Lei 9307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRETELLA JUNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu. *Arbitragem na concessão de serviço público*. In: *Revista de Informação Legislativa*. n. 128. Brasília: [s.n], out./dez. 1995.

_____. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. a. 42, n. 165, jan.-mar. 2005.

DANTAS, Miguel Calmon. Direito fundamental à processualização. In: *Constituição e processo*. Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr. (coord.). Salvador: Podivm, 2007.

DAWSON, J.P. *A history of lay judges*. Cambridge: Harvard University Press, 1960.

DELGADO, José Augusto. *A Arbitragem: direito processual da cidadania*. In: *Revista Jurídica*, São Paulo, ano 49, n. 282, pp. 05-18, abr. 2001.

_____. *A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual*. In: *Revista Forense*, v. 100, n. 374, p. 127-142, jul./ago. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. pp. 19-33 In: *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v. 2 / André Gomma de Azevedo (org.) - Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2007.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional Privado: parte especial: Arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ESQUIVÉL, José Luís. *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004.

FACHIN, Melina Girardi. Problemas e perspectivas da participação de Estados e entidades públicas enquanto partes no juízo arbitral. In: *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v.2, n.2, pp. 119-140, jul./dez. 2005.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Globalização econômica e reforma constitucional. In: *Revista dos Tribunais*. Fasc. Cív. a. 86, v. 736, pp. 11-19, fev. 1997.

FARIA, Luís Augusto E. Política externa e desenvolvimento: O Brasil na (nova?) ordem mundial. In: *Direito no século XXI*. Elizabeth Accioly (coord.)/ Curitiba: Juruá, 2008.

FELIX, Loussia. Um olhar para além da crise / Loussia Felix. *Getúlio* / Fundação Getúlio Vargas (FGV), v.2, n.7, p.42-43, jan. 2008.

FERRAZ, Rafaella. *Arbitragem em litígios comerciais com a administração pública: exame a partir da principalização do direito administrativo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

FERREIRA, Siddharta Legale. 20 anos de Constituição e a reconstrução unitária do Direito Público. In: *Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense*. n. 2, pp. 3-25, mai. 2008.

FIAD, Leonardo. Arbitragem e administração pública. In: *Revista de direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: APERJ, n. 18, pp. 177-204, 2006.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem e monopólio jurisdicional: legislação nacional e estrangeira*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. Da constitucionalidade dos artigos. 6.º, 7.º, 41 e 42 da Lei da Arbitragem (9.307/96). a questão da inafastabilidade do controle jurisdicional. In: *Revista dos Tribunais/ Fasc. Civ. a. 87, v. 752, pp. 61-64, out. 1998.*

_____. *Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307 de 23.09.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Natureza jurídica dos contratos administrativos renegociação das dívidas dos Estados-membros da União e seus reflexos na execução da política orçamentária. In: *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, pp. 711-719, nov. 1999.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FONSECA, Isabel Celeste M. *Direito processual administrativo*. Porto-Portugal: Elcla Almeida & Leitão, 2009.

FONSECA, José Arnaldo da. Jurisdição estatal e jurisdição arbitral: conflito aparente. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 6, v. 23, pp. 49-49, out. 2009.

FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Arbitragem no Brasil : direito interno e direito internacional. In: *Revista de informação legislativa*, v. 26, n. 104, pp. 317-330, out./dez. 1989.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Fundamentos da discricionariedade administrativa. In: *Revista dos Tribunais*, Fasc. Civ., a. 88, v. 768, pp. 60-75, out. 1999.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARCIA, Ailton Stropa. A arbitragem no direito econômico nacional e internacional. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 8, n. 33. pp. 28-45, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2000.

GIRARDI, Claudio; ALENCAR, Dilermando Gomes de. Inserção de cláusula compromissória de arbitragem em minutas-padrão de contrato de concessão de UBP. In: *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF*. Curitiba, a. VII, n. 168, fev. 2008.

GONÇALVES, Tatiana de Oliveira. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, pp. 207-235. VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (org.). In: *Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, tomo 2: la defensa del usuario y del administrado. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. In: *Revista da faculdade de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n. 21, pp. 141-148, mar. 2002.

GREBLER, Eduardo. Arbitragem nos contratos privados. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 745, p. 59-66, nov. 1997.

_____. A Solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 1, n. 2, p. 60-72, maio/ago. 2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 39, abr. 2002.

GUERRA, Sidney; SILVA, Roberto Luiz; SGARBI, Adrian. *Soberania: antigos e novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Arbitragem e interpretação contratual. In: *Direito no século XXI*. Elizabeth Accioly (coord.) / Curitiba: Juruá, 2008.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos nas concessões de serviços públicos. In: *Revista dos Tribunais*, Fasc. Civ., a. 89, v. 781, pp. 11-27, dez. 1999.

HÄBERLE, Peter. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. Tradução de Emilio M. Franco. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o Novo Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010.

HOBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. São Paulo: Globo, 2001.

JACOBY FERNANDES, J.U. *Vade-Mécum de Licitações e Contratos*: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JAEGER, Guilherme Pederneiras. *Lei aplicável aos contratos internacionais: o regime jurídico Brasileiro e a Convenção do México*. Curitiba: Juruá, 2006.

JAGUARIBE, Hélio. *Brasil, mundo e homem na atualidade: estudos diversos / Helio Jaguaribe*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

KERAMEUS, Konstantinos D. L'harmonisation procédurale dans Le monde contemporain. In: Litígio judicial internacional. **DeCITA 04.2005**: direito do comércio internacional – temas e atualidades. pp. 14-25. Florianópolis - SC: Zavalía – Fundação Boiteux, 2005.

KERN, Christoph. *Justice between simplification and formalism*: a discuss and critique of the World Bank sponsored Lex Mundi Project on efficiency of civil procedure. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem*: conceito e pressupostos de validade: de acordo com a lei 9.307/96 . São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LACERDA, Belizário Antônio de. *Comentários à lei de arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LACERDA, Heloísa. Contratos internacionais e as cláusulas de revisão: *rebu sic stantibus*, teoria da imprevisão, cláusula de *hardship* e a contrariedade com o princípio *pacta sunt servanda*. In: *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v.2, n.2, pp. 247-271, jul./dez. 2005.

LAFER, Celso. *Comércio e relações internacionais*. São Paulo: Perspectiva, 1977.

LEAL Rosemiro Pereira. *Direito econômico: soberania e mercado mundial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. Brazil's new public-private partnership law: one step forward, two steps back. VALENÇA FILHO, Clávio de Mello; LEE, João Bosco. (org.) *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem contribui para a modernização da Justiça. In: *O Estado de S. Paulo*. São Paulo. Caderno Justiça, n. 35969, 11. abr. 1992.

_____. Arbitragem: princípios jurídicos fundamentais; direito brasileiro e comparado / Selma Maria Ferreira Lemes. In: *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 115, p. 441-468, jul./set. 1992.

_____. Arbitragem, a solução de conflitos “high-tech”. In: *Folha de São Paulo*. 29.05.1994.

_____. O Mercosul e a arbitragem comercial. In: *Folha de São Paulo*, São Paulo, n. 24447, 09 mar. 1996

_____. A Arbitragem e os Novos Rumos Empreendidos na Administração Pública – a Empresa Estatal, o Estado e a Concessão de Serviço Público. In: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. O desenvolvimento da arbitragem no Brasil e no exterior. In: *Valor econômico*, São Paulo, v. 4, n. 813. Legislação e Tributos, 01 ago. 2003.

_____. A arbitragem doméstica e a arbitragem internacional. In: *Valor Econômico*, São Paulo, v. 4, n. 815, 05 ago. 2003.

_____. Uso da Arbitragem na Administração Pública. In: *Valor Econômico*. v. 4, n. 825. Caderno Legislação & Tributos. 19 ago. 2003.

_____. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos-Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? In: *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*. Luiz Fernando V. A. Guilherme (org.), pp. 363-387, São Pulo: Fiúza Editores, 2004.

_____. Sentença arbitral estrangeira: incompetência da Justiça brasileira para anulação: competência exclusiva do STF para apreciação da validade em homologação. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 1, n. 1, p. 171-196, jan./abr. 2004.

_____. *Revista Vasca de derecho procesal y arbitraje*. Tomo XVII, pp. 393-394, Universidad del País Vasco, mayo 2005.

_____. Os "embargos arbitrais" e a revitalização da sentença arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 6, p. 37-39, jul./set. 2005.

_____. Arbitragem: visão pragmática do presente e do futuro. *Informativo Migalhas*. 11 ago. 2005. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 13 mar. 2011.

_____. Arbitragem: visão pragmática do presente e futuro. In: *Justilex*, v. 4, n. 47, p. 60-61, nov. 2005.

_____. *Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. A arbitragem e a profissão de árbitro. In: *Valor Econômico*, Caderno Legislação & Tributos, 14 dez. 2007.

LEMOS, Luciano Braga. *A arbitragem e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

LENZA, Vítor Barboza. *Cortes Arbitrais*. Goiânia : AB, 1997.

LERA, Silvia Gaspar. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamplona: Aranzadi, 1998.

LIMA, Cláudio Vianna de. A Lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de concessões. In: *Revista de direito administrativo*, n. 209, pp. 91-104, jul./set. 1997.

_____. *Curso de introdução à arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, v. 3: contratos. 4. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *Arbitragem Internacional: questões da doutrina e da prática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LOMBARDINI, Ilaria. La parola al Consiglio di Stato: la recente svolta nella disciplina dell'arbitrato nei lavori pubblici. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè editore, pp. 1577-1615, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: *Fundamentos de história do direito*. (org.) Antônio Carlos Wolker. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LOTUFO, Renan. Arbitragem: experiências e procedimentos. Da Grécia ao Brasil: um trajeto histórico-constitucional de experiências e procedimentos. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*: Nova Série, v. 12, n. 23, pp. 287-296, jan./jun. 2009.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de direito civil*. São Paulo: Método, 2007.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Do Estado na arbitragem privada*. São Paulo: Max Limonad, 1988.

_____. Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. In: *Revista dos Tribunais*, Fasc. Cív., a. 86, v. 740, pp. 116-127, jun. 1997.

_____. A Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem. In: *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*. Ano 5, n. 18, pp. 309-318, out.-dez. 2002.

MAGRO, Maíra; BAETA, Zínia. A arbitragem e a administração pública, pp. 78-79. In: *Guia valor econômico de arbitragem*. São Paulo: Globo, 2004.

MAIA NETO, Francisco. *Arbitragem: a solução extrajudicial de conflitos*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MANN, F. A. *State Contracts and International Arbitration*. In: *Studies of International Law*, Nova Iorque, [1967?]. p. 256. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/byrint42&div=4&id=&page=>>>. Acesso em 12 jan. 2011.

MARDEGAN, Herick. *Arbitragem e o Direito Empresarial: Efetividade e Adequação*. Curitiba: Juruá, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Curso de processo civil*, volume 1: *teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTÍNEZ, *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Jose Maria Bosh, 1992. pp. 37-53.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano; PASSOS, Fernando. Contratos Internacionais com o Estado: princípio da moralidade universal. In: *Doutrina Adcoas*, v. 2, n. 4, pp. 83-90, abr. 1999.

_____. Contratos com o Estado: princípio da moralidade administrativa internacional / Eliane Maria Octaviano Martins. In: *Revista de direito constitucional e internacional*, v. 10, n. 39, p. 9-39, abr./jun. 2002

MARTINS, Pedro A. Batista. *Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990.

_____. O poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei nº 9307/96 (3ª parte). In: *Revista forense: mensário nacional de doutrina, jurisprudência e legislação*. v. 98, n. 359, pp. 165-179, jan./fev. 2002.

_____. O Poder Judiciário e a Arbitragem: quatro anos da Lei 9.307/96 (4.^a e última parte). In: **Revista forense**: mensário nacional de doutrina, jurisprudência e legislação. v. 98, n. 360, p. 87-103, mar./abr. 2002.

_____. Arbitragem, a lei que pegou. In: **Correio Braziliense**, Brasília. Caderno Direito e Justiça, n. 14167, 04 mar. 2002.

_____. **Arbitragem através dos tempos**: obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. [s.d.] Disponível em: <<http://www.batistamartins.com/batistamartins.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2010.

MEDAUAR, Odete. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: NDJ, 1998.

MEDEIROS, Marcelo de Almeida. A hegemonia brasileira no MERCOSUL: O efeito samba e suas conseqüências no processo institucional de integração. In: **O Mercosul no limiar do século XXI**/ Marcos Costa Lima, Marcelo de Almeida Medeiros (organizadores) São Paulo: Cortez; [Buenos Aires, Argentina]: CLACSO, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed., atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. atual. por José Emanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Celso Antônio. **Dimensões conceituais do direito**. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2008.

MENEZELLO, Maria D'Assunção C. O conciliador/mediador e o árbitro nos contratos administrativos. In: **Boletim de Direito Administrativo**. pp. 825-829, dez./ 1997.

MENEZES, Wagner. Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). pp. 137-160. In: **Blocos econômicos e integração na América Latina, África e Ásia**./ Araminta de Azevedo Mercadante; Umberto Celli Junior; Leandro Rocha de Araújo (coords.)/ Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **Derecho internacional en América Latina**. Brasília: FUNAG, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Isaias Fonseca. **Manual de Direito Administrativo**: Teoria e Prática - Incluindo Questões de Concursos - Prefácio do Ministro José Augusto Delgado – Edição Revisada, Reestruturada e Atualizada de Acordo com a Lei 12.232/2010. Curitiba: Juruá, 2010.

MOREIRA, Adriano. **Política internacional**. Edição 1 de Coleção de ciencias sociais. Porto Alegre: Portucalense, 1970.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3^a ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcus Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. In: *Revista de direito administrativo*, n. 236, pp. 215-261, abr./jun. 2004.

MOROSINI, Fábio. Globalização e Direito. Além da metodologia tradicional dos estudos jurídicos comparados e um exemplo do Direito Internacional Privado. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 43 n. 172, pp. 119-173, out./dez. 2006.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Aplicação do código civil às licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Curso prático de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Eficácia nas licitações e contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parcerias público-privadas*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 1999.

NAÓN, Horacio Grigera. Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks. In: *Arbitration insights: twenty years of the annual lecture of the school of international arbitration*. New York: Kluwer Law International, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, Luísa. O Direito num Estado Plural: cultura e religião. In: *Novos Direitos. Ou novo(s) objecto(s) para o Direito?* Porto, Portugal: Universidade do Porto, 2010.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008.

_____. Antecipação dos efeitos da alteração contratual. In: *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF*. Curitiba, a. X, n. 204, fev. 2011.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Parcerias público-privadas: perspectiva constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie. Considerações sobre os limites da vinculação da arbitragem (Lei 9307/96): breve análise dos pontos controvertidos. In: *Revista dos Tribunais*, Fasc. Cív., a. 89, v. 780, pp. 75-85, out. 2000.

NOGUEIRA, Erico Ferrari. A arbitragem e sua utilização na Administração Pública. In: *Revista Virtual da Advocacia Geral da União*. Ano IX, n. 91, agosto de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=90300&id_sit e=1115&ordenacao=1>. Acesso em: 27 nov. 2010

OLIVEIRA, Ana Perestelo. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Moderno direito processual civil do Brasil e Portugal. In: **Revista da ESMESC**, v. 12, n. 18, pp. 63-123, 2005.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. **Direito Administrativo**: Origens, perspectivas e outros temas. Curitiba: Juruá, 2006.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-privada**: aspectos de direito público econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, mai./jul. 2005, p. 27. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2010.

OLIVEIRA, Hilário de. **Direito e negócios internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? In: **Revista dos Tribunais**. Fasc. Civ. a. 88, v. 770, pp. 53-92, dez. 1999.

PANTOJA, Teresa Cristina G. Dificuldades (superáveis) para a adoção da arbitragem. pp. 68-97. In: **Prática em arbitragem**. / coordenação Teresa Cristina G. Pantoja; Carlos Henrique de C. Fróes. [et al.] Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **Uma visão crítica da jurisdição civil**. Leme. LED – Editora de Direito, 1999.

_____. **História do direito processual brasileiro**. Barueri: Manole, 2002.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em história**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

PEREIRA, Jessé. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno 53, v. 3, pp. 673-681, lug./set. 1998.

PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org). **Do juízo ao processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

POLÍTICA e estratégia. v. 4. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Estratégicos do CONVIVIO - Sociedade Brasileira de Cultura, 1986.

PRUDENTE, Antônio Souza. Inconstitucionalidade da justiça privada na nova lei de arbitragem. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 33, n. 132, pp. 49-52, out./dez. 1996.

PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem comercial internacional - a lei aplicável. pp. 27-45. In: ***Direito do comércio internacional***./ Maristela Basso, Maurício Almeida Prado e Daniela Zaitz. Curitiba: Juruá, 2005.

RECHSTEINER; Beat Walter. ***Direito Internacional Privado***: teoria e prática. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. Aspectos do instituto da arbitragem. In: ***Revista dos Tribunais***. São Paulo, v. 743, set. 1997.

REINERT, Edison Eduardo Borgo. Contratos administrativos e a aplicabilidade de Lei de arbitragem / Edison Eduardo Borgo Reinert. In: ***Revista brasileira de direito público***: RBDP, v. 8, n. 28, pp. 93-112, jan./mar. 2010.

REZEK, José Francisco. ***Direito internacional público: curso elementar***. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. ***As novas tendências do direito processual civil***. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v.1, n. 4, pp. 05-10, mar./abr. 2000.

RICCI, Edoardo Flavio. A Impugnação da Sentença Arbitral Como Garantia Constitucional: reflexões sobre a doutrina brasileira. In: ***Revista de Processo***, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 24, n. 96, pp. 17-27, out./dez. 1999.

_____. Arbitragem e o art. 5, XXXV, da CF: reflexões sobre a doutrina brasileira. In: ***Revista de Processo***, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 25, n. 99, p. 194-205, jul./set. 2000.

_____. Para uma interpretação restritiva do art. 25 da Lei de arbitragem / Edoardo Flavio Ricci. In: ***Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem***, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, n. 10, p. 366-374, out./dez. 2000.

RIOS, Arthur. Juízes Particulares ou "Rent a Judge". In: ***3. RTD***, n. 98, maio/1995.

RODAS, João Grandino. ***Contratos Internacionais***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RODRIGUES, Edison Pereira. A relação entre o contencioso administrativo e judicial em matéria tributária (reiteração de atos, lançamentos preventivos da decadência, dificuldades na obtenção de certidões negativas, etc.). In: ***Revista Internacional de Direito Tributário***. Belo Horizonte, v. 1, n. 2, pp. 221-238, jul./dez. 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. ***Elementos de direito processual civil***. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. ***Manual de direito processual civil***: teoria geral: premissas e institutos fundamentais. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROMÃO, Dalila. Arbitragem e administração pública em Portugal. In: *Revista de arbitragem e mediação*. v. 6., n. 22, pp. 184-210, jul.- set. 2009.

ROMERO, Eduardo Silva. A Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e os contratos de Estado. In: *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 6, n. 19, p. 257-295, jan./mar. 2003.

_____. La distinción entre "Estado" y "Administración" y el arbitraje resultante de "contratos de Estado". In: *Revista brasileira de arbitragem*, v. 1, n. 1, pp. 73-95, jan./mar. 2004.

ROSADO, Marilda. Panorama da jurisprudência de direito internacional de 2008. In: *Revista de direito do Estado: RDE*, n. 13, pp. 47-69, jan./mar. 2009.

ROSAS, Roberto. A sociedade e a justiça: processo e judiciário no século XXI. pp. 113-119. In: *Desafios do século XXI*. (coord.) Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Cengage Learning Editores, 1997.

ROZAS, José Carlos Fernández. *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*. Madrid: Iustel, 2008.

SANTOS, Adriano Lúcio. Do acesso e da administração da justiça. In: *Constituição, direito e processo*. / Fernando Horta Tavares (coord.). / Curitiba: Juruá, 2007.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Considerações gerais sobre a arbitragem e seu reordenamento. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 85, jan. 1997.

SANTOS, Luciano Alves Rodrigues. *A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Biblioteca 24X7, 2010.

SANTOS, Mauricio G.; SMITH Quinn. O Brasil na arbitragem internacional. In: *Valor Econômico*, Legislação e Tributos, 02 jun.2010.

SANTOS, Mauricio Gomm Ferreira dos. Existe um consenso internacional no âmbito da arbitragem comercial? Está o Brasil em linha com tal consenso? In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

SANTOS, Romualdo Baptista. *Princípios sociais contratuais: autonomia privada, função social e boa-fé objetiva*. In: *Direito Civil: direito patrimonial e existencial*. Flávio Tartuce; Ricardo Castilho. (coord.) São Paulo: Método, 2006.

SANTOS, Ulderico Pires dos. Arbitragem: ligeiras observações sobre alguns aspectos que estão gerando polêmica. In: *Revista dos Tribunais*, Fasc. Cív., a. 88, v. 769, pp. 68-78, nov. 1999.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem*. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=64611>>. Acesso em: 5 jul. 2010.

SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem*: um caminho para crise do Judiciário. Barueri, SP: Manole, 2005.

SILVA, Carlos Manuel Ferreira da. Arbitragem e conciliação: presente e futuro - A situação em Portugal. In: *Revista de Processo*. v. 107, jul-set. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Luís Moreira da. A Arbitragem Administrativa tornada necessária. In: *Advocatus*: o novo agregador da advocacia. Disponível em: <<http://www.advocatus.pt/index.php/opiniao/1669-joao-marques-pinto-orador-em-seminario-sobre-fiscalidade-no-imobiliario>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

SILVA, Suzana Tavares da. *Um novo direito administrativo?* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

SOARES, Guido F. S. Ordem pública nos contratos internacionais. In: *Revista de direito mercantil*: industrial, econômico e financeiro. n. 55, a. XXIII (nova série), pp. 122-129, jul.-set. 1984.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações & contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: ADCOAS, 1999.

STERN, Brigitte. O Ingresso da sociedade civil na arbitragem entre Estado e investidor. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 1, n. 1, p. 101-113, jan./abr. 2004.

STRENGER, Irineu. *Comentários à lei brasileira de arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998.
_____. Verdadeira projeção da arbitragem: Convenção de New York de 1958. In: *Revista de direito mercantil*: industrial, econômico e financeiro. n. 129, ano XLII (nova série), pp. 40-44, jan.-mar. 2003.
_____. *Contratos internacionais do comércio*. 4. ed. São Paulo: LTr. 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A Ordem dos Publicistas*. Belo Horizonte, n. 8, ano 3, Janeiro 2005
Disponível em:
<<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12589>>.
Acesso em: 5 jul. 2010.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Arbitragem e contratos Administrativos. In: *Boletim de Direito Administrativo*, pp. 749-750, novembro/1997.

_____. Arbitragem marítima. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano XII, n. 277, pp. 39-41, 31 de julho/2008.

TÁCITO, Caio. Contratos Administrativos. In: *Boletim de Licitações e contratos*. São Paulo: NDJ, pp. 01-04, jan. 1989.

_____. Arbitragem nos litígios administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, v. 210, pp. 111-115, out./dez. 1997.

_____. As transformações do Direito Administrativo. In: *Boletim de Direito Administrativo*, fev. 1999.

_____. O juízo arbitral em direito administrativo. pp. 23-28. In: *Reflexões sobre arbitragem*: in memoriam do desembargador Cláudio Vianna de Lima / coordenação, Pedro A. Batista Martins, José Maria Rossani Garcez. São Paulo: LTr, 2002.

TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATA, Rita Maria de Faria Corrêa. *A nova arbitragem*: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96. Porto Alegre: Síntese, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. Jurisprudência Mineira, v. 47, n. 137/138, p. 1-13, jul./dez. 1996.

TEIXEIRA, Wellington Luzia. A instrumentalidade técnica do processo. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* - v. 7 n. 38 nov./ dez. 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005.

TESS, Eduardo Carvalho; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Imunidades de jurisdição e de execução no âmbito da arbitragem internacional. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*: Nova Série, v. 7, n. 14, pp. 09-18, jul./dez. 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e Terceiros – Litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. In: MARTINS, Pedro A. Batista; ROSSANI GARCEZ, José Maria (Org.). *Reflexões sobre arbitragem*: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Curso de direito processual civil* – teoria geral do direito processual civil e do processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 60, 31/12/2008 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4307>. Acesso em: 12 mai. 2010.

TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TUTIKIAN, Cristiano. A hermenêutica filosófica no contexto de superação do positivismo jurídico: uma análise do ordenamento jurídico brasileiro a partir do modelo gadameriano de jogo e arte. pp. 15-64. In: *Olhares sobre o público e o privado*./ Cristiano Tutikian (organizador); Alexandre dos Santos Cunha [et al.]. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. Arbitragem e Contratos Administrativos: comentários ao acórdão proferido pelo TJDF, em 18.05.1999, no caso Seveng Civilsan S.A Empresas Associadas de Engenharia e Construtora Andrade Gutierrez S.A. c. Tribunal de Contas do Distrito Federal. VALENÇA FILHO, Clávio de Mello; LEE, João Bosco. (org.) *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Ainda sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem. In: *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, a. 6. n. 10, pp. 263-272, 2001.

VICENTE, Dário Moura. Portugal e a arbitragem internacional. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 1, n. 2, p. 209-216, maio/ago. 2004.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

WALD, Arnoldo. A arbitragem e os contratos administrativos. In: *Síntese jornal*, v. 6, n. 68, pp. 13-14, out. 2002.

_____. Algumas considerações a respeito da cláusula compromissória firmada pelos Estados nas suas relações internacionais. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 5, n. 18, pp. 283-308, out./dez. 2002.

_____. A arbitragem comercial internacional. In: *Valor Econômico*, Legislação & Tributos, 03 out. 2007.

_____. Novos rumos para a arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 5, n. 16, pp. 48-53, jan./mar. 2008.

_____. A evolução da arbitragem internacional no Brasil. In: *Revista de arbitragem e mediação*, v. 6, n. 23, pp. 19-38, out./dez. 2009.

_____. A patologia da arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 7, n. 27, pp. 35-45, out.-dez. 2010.

WALD, Arnoldo; GALÍNDEZ, Valeria. Administrativo: mandado de segurança; permissão de área portuária; celebração de cláusula compromissória; juízo arbitral; sociedade de economia mista; possibilidade; atentado. In: *Revista de arbitragem e mediação*, v. 3, n. 11, pp. 194-221, out./dez. 2006.

WERNER, Goldschmidt. *Derecho internacional privado*: derecho de la tolerancia. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.

WITZ, Claude. A internacionalidade e o contrato. pp. 323-336. In: *Estudos de Direito Comparado e Direito Internacional Privado*. t. II. Curitiba: Juruá, 2011.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional*: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.