

# A ARBITRAGEM E SUA UTILIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*Erico Ferrari Nogueira  
Advogado da União  
Coordenador de Licitação e  
Contratos da Consultoria Jurídica do MTE*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de Arbitragem; 1 Breves anotações sobre arbitragem; 2.1 Sua constitucionalidade; 2.2 Aspectos processuais da arbitragem; 3 Possibilidade de utilização pela Administração Pública; 3 Conclusão; 5 Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo geral ilustrar, mesmo que sucintamente, acerca do tema, tentando com intuito mais específico de dirimir dúvidas a respeito do assunto, bem como fomentar discussões jurídicas com o claro propósito de dilatar a utilização desse instrumento eficaz, mas ainda pouco utilizado. Os tópicos desenvolvidos no presente artigo focalizam, essencialmente, a explanação acerca da arbitragem; seus requisitos legais; sua constitucionalidade; a possibilidade de aplicação perante a Administração Pública, sobretudo em seus contratos, sempre à luz do direito posto, da doutrina e da jurisprudência; por fim, apresenta-se a conclusão que entendemos ser a mais adequada.

**PALAVRA-CHAVE:** Composição de Litígios. Arbitragem. Constitucionalidade. Administração Pública. Ajustes da Administração.

## INTRODUÇÃO

Diante da chamada crise do judiciário, marcada pela morosidade e inefetividade, é crescente a busca por instrumentos alternativos de resolução de conflitos, sendo o instituto da arbitragem um dos mais eficazes.

Não obstante sua concretude é incomum sua utilização, sobretudo no âmbito do direito público, o qual possui algumas peculiaridades não observadas no direito privado, sobretudo em face dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Para tanto, este breve artigo busca examinar a questão da arbitragem à luz do direito posto e seu processo evolutivo, da doutrina e da jurisprudência, sempre com uma visão crítica própria da dialética jurídica.

### 1 CONCEITO DE ARBITRAGEM

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, apesar de não conceituar tal instituto, estabeleceu em seu artigo 1º que as pessoas com capacidade para contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Desse modo, estabeleceu-se dois requisitos básicos para a viabilidade da utilização da arbitragem: ser pessoa capaz e o direito em jogo seja patrimonial disponível.<sup>1</sup>

Sem embargo, a doutrina<sup>2</sup> costuma definir arbitragem como sendo o instrumento alternativo por meio do qual as pessoas dirimem seus conflitos de interesses fora do âmbito judicial.

### 2 BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A ARBITRAGEM

#### 2.1 SUA CONSTITUCIONALIDADE

Diante da referida Lei estabeleceu-se que o árbitro funcionaria

---

1 GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 313: "Dispor direitos patrimoniais significa transferi-los a terceiro, ou seja, direitos patrimoniais disponíveis são os que podem ser alienados."

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 854.

como um juiz de fato e de direito e suas decisões não ficariam sujeitas a homologação do Poder Judiciário. A arbitragem, então, passou a ser considerada uma verdadeira atividade jurisdicional. Em decorrência deste fato, entendeu-se que tal norma conflitaria com o monopólio judicial do Estado e que estaria ferindo o texto constitucional face ao direito de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), ao juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal), à ampla defesa e à dupla instância de julgamento (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup> entendeu pela sua constitucionalidade, pois além da Constituição Federal não assegurar o duplo grau de jurisdição, a arbitragem só é cabível quando as partes forem capazes e os interesses forem disponíveis, não havendo ofensa ao princípio da inafastabilidade de jurisdição. Outrossim, a jurisdição é atividade típica de Estado, mas não exclusiva do Estado. Com efeito, o Poder Legislativo também exerce jurisdição através do Senado, nos casos do artigo 52, I e II, da Constituição Federal. Neste caso, a decisão não poderá ser revista pelo Judiciário. Além disso, o fato de o julgamento ser presidido pelo Presidente do STF não afasta a circunstância de que são os senadores que estão julgando a questão.

Para o Supremo, então, a Lei da arbitragem é constitucional, uma vez que representa uma faculdade de uma parte absolutamente capaz acerca de um direito disponível, salvo quando houver hipossuficiência de uma parte perante a outra, oportunidade em que se deve exigir anuência expressa das partes, de modo a não configurar imposição de renúncia à via judicial.

## 2.2 ASPECTOS PROCESSUAIS DA ARBITRAGEM

De acordo com o artigo 31, Lei nº 9.307, de 1996, a sentença arbitral produz, entre as partes, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. Em face desse dispositivo a doutrina costuma afirmar que a sentença arbitral é proferida em única instância, e não está submetida a recurso, quanto ao mérito, ao Poder Judiciário. Destarte, o fato de a referida Lei assegurar que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos

---

3 STF: Tribunal Pleno. SE-AgR 5206/EP – ESPANHA, AG. REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 12/12/2001.

da sentença judicial e que se trata de título executivo judicial, a nosso ver justifica a alteração do Código de Processo Civil (art. 267, VII), indicando aos juízes a extinguir o processo, sem resolução do mérito, quando se pretender discutir o mérito já resolvido ou a ser resolvido em arbitragem.

Sob essa ótica, não fosse assim, a convenção arbitral merecia ser inserida no artigo 269 do CPC (extinção do processo, com resolução de mérito), pois a decisão arbitral resolve o mérito discutido.

Então, da Lei nº 9.307, de 1996, pode-se depreender que a decisão arbitral vale como decisão judicial. A sistematização das normas corrobora com tal afirmação, tanto é que o recente artigo 475-N do CPC estabeleceu que a sentença arbitral é considerada título executivo judicial. Assim, em caso de descumprimento da sentença arbitral, poderá ser executada, no judiciário, como título executivo judicial equiparado à sentença judicial. Do mesmo modo, a parte interessada poderá pleitear a órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, em casos de ocorrência de vícios processuais. Não obstante, o próprio STF<sup>4</sup> já decidiu que é legítima a cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, não ofendendo a norma constitucional.

Quanto à eventual distinção entre convenção de arbitragem e compromisso arbitral, estabelecida pelos artigos 4º e 9º da Lei nº 9.307, de 1996, cumpre registrar que o Supremo não os distinguiu, exigiu apenas que se caracterize o exercício da faculdade das partes.

Não se tem admitido a arbitragem em causas penais<sup>5</sup>. Nos litígios trabalhistas, a Constituição Federal, no seu artigo 114, aceita a possibilidade de utilização do instituto. Entretanto, não obstante alguns dispositivos infraconstitucionais prevendo a arbitragem no âmbito laboral (§ 1º do artigo 23 da lei 8.630, de 1993 e o inciso XI do artigo 83 da Lei Complementar nº 75, de 1993), a doutrina especializada<sup>6</sup> e a jurisprudência<sup>7</sup> admitem a utilização apenas às causas que versem

---

4 Agravo de instrumento nº 52.181-GB, Rel. Min. Bilac Pinto. RTJ 68/382.

5 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 70-71.

6 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5 ed. São Paulo: LTR, 2006. p. 1.450-1.453.

7 Disponível em: <[http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no\\_noticias.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=9114&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=9114&p_cod_area_noticia=ASCS)>. Acesso em: 13 abr 2009.

sobre direito coletivo, não acolhendo às demandas individuais, em face do princípio da indisponibilidade de direito.

Por derradeiro, referente às chamadas constitutivas necessárias, aquelas ditadas pelo artigo 92 do Código de Processo Civil, cumpre também ressaltar que, por expressa previsão legal, só podem ser exclusivamente processadas e julgadas pelo Poder Judiciário, sendo incabível a arbitragem, pois os direitos tutelados são indisponíveis.

### 3 POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Questão tormentosa é perquirir acerca da possibilidade de utilização de meio alternativo de solução de controvérsias para dirimir demandas na Administração Pública que não por via judicial.

A discussão sobre a viabilidade jurídica de a Administração submeter-se a arbitragem, pela regra geral, deve-se restringir a resolver litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis<sup>8</sup>.

Delicado, nesse contexto, é desvendar o real sentido da expressão jurídica “direitos patrimoniais disponíveis”, a qual se alinha ao que se convencionou denominar “conceito jurídico indeterminado”. Não bastasse a dificuldade conceitual de “direitos patrimoniais disponíveis”, cabe enfrentar a questão acerca da existência desses direitos na atuação da Administração Pública.

A visão clássica do Direito Administrativo concebe a atuação estatal a partir do interesse público, o qual é indisponível e pertence à coletividade, não ao Estado. O eixo condutor dessa orientação doutrinária prende-se aos princípios da supremacia do interesse público e da legalidade. Segundo essa linha de raciocínio, toda a atuação da Administração revela manifestação de interesse público não disponível, o que inviabilizaria a adoção da arbitragem em litígios travados entre o ente público e os particulares. Esse, inclusive, é o entendimento do Tribunal de Contas da União<sup>9</sup>, a saber:

9. Acerca do tema, impende destacar que com a prolação do Acórdão nº 537/2006-TCU-2ª Câmara restou assentada a ilegalidade da

8 Artigo 1º, da Lei 9.307, de 1996: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

9 Acórdão 1.099/2006 - Plenário, publicada no DOU de 10.07.2006

previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos.

[...]

Examinadas as razões apresentadas pelos recorrentes, consoante transcrito no relatório que precede a este Voto, manifesto-me inteiramente de acordo com o posicionamento defendido pela Secretaria de Recursos, no sentido de que não existe amparo legal para a adoção de juízo arbitral nos contratos administrativos [...]

Esse entendimento coaduna-se com o juízo firmado na Decisão nº 286/1993-Plenário, proferida por esta Corte de Contas em sede de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Ministro de Minas e Energia. Naquela oportunidade, o Tribunal manifestou-se no sentido de que 'o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)'.<sup>1</sup>

Como bem ressaltado pela instrução da Unidade Técnica especializada, corroborada pela manifestação do Ministério Público, a Lei nº 9.307/1996, que dispõe de modo geral sobre a arbitragem, não supre a necessária autorização legal específica para que possa ser adotado o juízo arbitral nos contratos celebrados.

[...]

Portanto, não havendo amparo legal para a previsão do instituto da arbitragem, e tratando-se de direitos patrimoniais indisponíveis, não há como tolerar a manutenção da cláusula 47 nos contratos celebrados, sendo adequada a determinação de celebração de termo aditivo para sua exclusão.

### **Acórdão**

[...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

[...]

9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT que, em futuros procedimentos licitatórios, abstenha-se de incluir cláusulas editalícias e contratuais prevendo a adoção do juízo arbitral para a resolução de eventuais conflitos, a exemplo dos itens 24 a 26 do Aviso de Licitação nº 396/2000, ante a ausência de previsão legal e à afronta a princípios de direito público;

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. Nesse passo, vale considerar os seguintes dispositivos legais, dispostos em especial, pela Administração Pública no direito brasileiro, dispostos em ordem cronológica:

*Lei nº 9.472*, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e cria a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações):

Art. 93. O contrato de concessão indicará:

XV – o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

*Lei nº 9.478*, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional e Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (ANP):

Art. 43 O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

X- as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;

*Lei nº 10.233*, de 5 de junho de 2001 que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas Públicas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes:

Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a:

XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive conciliação e arbitragem;

*Lei nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*, podendo ainda prever:

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

*Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, com redação dada pela *Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005*:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no

Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Da análise da evolução legislativa, pode-se vislumbrar a aceitação crescente da adoção da arbitragem e outros meios de solução de litígios pela Administração Pública. Não é só. Cumpre ressaltar que as matérias submetidas a solução na via arbitral versam sobre concessão e execução de serviços públicos, atividades próprias do Estado.

A possibilidade conferida por lei para adoção da arbitragem como forma de solução de conflitos, nesse passo, indica o sentido da evolução do direito administrativo brasileiro como favorável à solução célere e eficaz de conflitos pela via consensual. Isso, aliás, com clara flexibilização do rigor do princípio da indisponibilidade do interesse público na versão da doutrina clássica. Com isso, rompe-se com a visão estreita da relação de verticalidade entre a Administração Pública e os particulares de modo a acolher a existência de relações jurídicas horizontais.

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*.

Marçal Justen Filho<sup>10</sup>, ao debater acerca da publicidade de um interesse, afirma que este deixa de ser privado quando sua satisfação não puder ser objeto de transigência, ou seja, um interesse é público por ser indisponível, por não admitir riscos para sua realização.

Nesse passo, cabe, ainda, consignar que a natureza da relação jurídica subjacente não é, entretanto, suficiente para caracterizar a existência ou não de interesse público, ou seja, o interesse público não decorre exatamente da natureza pública ou privada das relações jurídicas que lhes são subjacentes, mas de sua importância para a sociedade, para o Estado Social, da circunstância de versarem *questões de ordem pública*,

---

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

indispensáveis para a preservação do bem comum e da estabilidade das relações sociais.

Na prática de contratos tipicamente privados, em oposição aos contratos tipicamente administrativos, é perfeitamente viável a utilização de convenção de arbitragem nos contratos firmados com a Administração Pública. Nesse sentido, tem entendido possível o TCU<sup>11</sup>, *in verbis*:

40. Quanto à manutenção ou não da cláusula arbitral nos contratos de concessão alinhamos o nosso entendimento com o exarado na Decisão nº 188/95-TCU/Plenário, considerando válida a possibilidade da utilização do juízo arbitral desde que não se inclua na parte de arbitragem situações (cláusulas) que não observem estritamente o princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Embora essa decisão do Tribunal de Contas seja anterior à publicação da Lei da Arbitragem, revestiu-se de sabedoria ao não anular definitivamente a possibilidade do juízo arbitral, quando porventura existirem nos contratos de concessões situações em que seja possível utilizar-se da arbitragem - notadamente *quando a Administração se iguala ao particular*, ou no caso de haver uma futura previsão legal nesse sentido.(grifo nosso)

Por outro lado, se o Estado age como representante da coletividade em causas de utilidade pública, com prevalência de seu poder político, - manifestando puro ato de *jure imperii* - não há que se falar em possibilidade de transação relativa ao objeto da causa, aplicando-se, portanto, o ordenamento legal de direito público, não havendo possibilidade de utilização de convenção de arbitragem, consoante já delineado mediante entendimento transcrito acima.

No entanto, parte da doutrina sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF<sup>12</sup>, no sentido de que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Tal decisão reconheceu especificamente “a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.”

11 Acórdão 391/2008 – Plenário, publicado 14.3.2008.

12 Agravo de instrumento nº 52.181-GB, Rel. Min. Bilac Pinto. RTJ 68/382.

Deveras, há quem entenda que não é qualquer direito público aplicável na via arbitral, mas somente aqueles “disponíveis”. Nessa linha de pensamento, cumpre registrar a posição doutrinária no sentido de que não se transige o direito público indisponível, mas apenas as suas conseqüências patrimoniais. Nessa esteira, essa corrente<sup>13</sup> ensina que a arbitragem pode ser adotada em situações nas quais seja predominante o aspecto de patrimonialidade, com incidência de indisponibilidade relativa. A saber:

Questão que tem desafiado a argúcia dos estudiosos, em dias atuais, consiste em saber se pode a Administração valer-se da arbitragem para a solução de alguns conflitos de natureza patrimonial, em virtude dos princípios da legalidade e da indisponibilidade dos bens públicos.

Não há dúvida de que o Estado há de ter cautela redobrada no que tange ao emprego dos recursos públicos, visto que estes se originam, em última instância, dos integrantes da coletividade. Entretanto, o sentido moderno do princípio da legalidade não implica a vedação para que o Estado celebre transações, sobretudo quando é a própria lei que o estabelece. Por outro lado, a indisponibilidade dos bens públicos significa apenas que o Poder Público não pode disponibilizar seus recursos com total liberdade, como o fazem os particulares em geral, mas, por outro lado, nada impede que os empregue dentro de parâmetros de necessidade, utilidade e razoabilidade, até porque semelhante atividade se configura como *gestão* dos interesses públicos, o que não se confunde com indisponibilidade.

Desse modo, conquanto seja vedada para algumas condutas que importem o exercício de poder de império ou a autoridade pública (*ius imperii*), a arbitragem pode ser adotada em situações nas quais seja predominante o aspecto de patrimonialidade, com incidência de indisponibilidade relativa. É o caso, por exemplo, de cláusulas financeiras em contratos celebrados pela Administração, sejam privados, sejam administrativa.

Já o Ministro Eros Grau<sup>14</sup>, com visão crítica que lhe é peculiar, afirma que os argumentos em favor e contra a adoção da arbitragem

---

13 CARVALHO FILHO, op. cit, p. 855

14 GRAU, op. cit. p. 303-314.

geralmente não atingem o núcleo central da questão. Para o doutrinador três fatores devem ser destacados: a arbitragem não encerra jurisdição, apenas previne; a noção equivocada de contratos administrativos, de forma que não há distinção entre contrato privado da Administração e contrato puramente administrativo, não existindo, segundo a Constituição Federal, o chamado regime jurídico próprio dos contratos administrativos; e o entendimento de que não se pode confundir “disponibilidade de direitos patrimoniais” e “indisponibilidade do interesse público”. Para o autor, não há correlação entre os dois. Assim, sempre que a Administração contrata (o que necessariamente importa em disponibilidade de direito patrimonial) poder-se-á convencionar cláusula arbitral, sem que isso importe em disposição do interesse público.

Assim, é razoável entender possível a arbitragem, mesmo em contratos administrativos, pois neste instituto predomina o aspecto patrimonial. Ademais, ao utilizar o instituto da arbitragem, a Administração aplicará o verdadeiro interesse público, o chamado interesse primário, o qual não seria atendido se, podendo adotar a via do juízo arbitral, optasse pela dispendiosa e morosa judicialização para solucionar controvérsias meramente secundárias. Tal interpretação, a nosso ver, harmoniza o princípio da indisponibilidade do interesse público com a arbitragem no direito positivo brasileiro.

Sem prejuízo ao exposto, cumpre lembrar que recentemente foi disciplinada a adoção da arbitragem nos ajustes da Administração Pública Federal, mediante as Portaria AGU n° 1.281, de 27 de setembro de 2007, que dispôs sobre o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União.

Após a edição da referida Portaria, eventuais controvérsias jurídicas, em sede administrativa, entre órgãos e entidades da Administração Federal, poderão se fazer por meio de conciliação ou arbitramento, no âmbito da Advocacia-Geral da União, através da recém criada Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, ou outros órgãos desde que determinado pelo Advogado-Geral da União ou o Consultor-Geral da União.

Pela dicção do referido normativo, infere-se que, em primeiro lugar, deve-se envidar todos os esforços para uma solução mais pacífica,

que é a conciliação, no entanto, não sendo possível, a Consultoria-Geral da União, quando cabível, elaborará parecer para dirimir a controvérsia, submetendo-o ao Advogado-Geral da União, nos termos dos artigos 40 e 41 da, Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o qual, se adotado, vinculará toda a Administração Pública Federal. Este parecer, na prática, valerá como decisão arbitral.

A eficácia desse novo sistema foi recentemente confirmada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup> que, no início de 2009, extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, considerando a perda do objeto, em face de realização de conciliação realizada pelo CCAF em um caso que questionava conflito entre órgãos federais.

Assim, recomenda-se, nos ajustes entre órgãos e entidades da Administração Federal, a inclusão de cláusula que submeta eventual deslinde a resolução de conflito por meio dos institutos da conciliação e/ou da arbitragem. Até porque, a recente Portaria Interministerial MPOG nº 127, de 29 de maio de 2008, que regulamentou o Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispôs sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, previu no inciso XIX do seu artigo 30, como cláusulas necessárias, a indicação do foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução dos convênios, contratos ou instrumentos congêneres, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução administrativa com a participação da Advocacia-Geral da União, em caso de os partícipes ou contratantes serem da esfera federal, administração direta ou indireta.

Ressalte-se, ainda, que nada impede a inserção de cláusula similar nos ajustes firmados pela Administração com entes privados. Tal diligência não ofende o texto constitucional como, inclusive, decidira a Corte Superior.

Por derradeiro, cumpre registrar que, em controvérsias internacionais, para se reconhecer ou executar a decisão arbitral, deve-se submeter à homologação pelo Supremo Tribunal Federal, conforme o disposto no artigo 35 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 1996).

---

15 Disponível em:

<[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=80834&id\\_site=3](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=80834&id_site=3)>. Acesso em: 8 abr. 2009.

#### 4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto pode-se depreender que o instituto da arbitragem é meio constitucional de resolução de conflitos, equiparada a decisão judicial, relativo a direitos patrimoniais disponíveis entre pessoas capazes.

Quanto ao seu emprego na e pela Administração Pública é certo que mesmo após as previsões legais prevendo a aplicação da arbitragem, ainda há quem entenda pela sua impossibilidade, mormente em contratos administrativos.

Felizmente, para o STF, a instituição de cláusula arbitral é perfeitamente aplicável na Administração Pública, sendo que parte da doutrina comunga deste entendimento, essencialmente quando predomina o aspecto patrimonial, ou seja, quando envolve direito patrimonial disponível.

Portanto, não é só possível como também recomendável a utilização deste expediente, sobretudo diante da regulamentação da Advocacia-Geral da União, que avançou, neste particular, sem se olvidar, é claro, dos aspectos do direito positivado no ordenamento jurídico, pois além de desafogar o judiciário, garante celeridade e efetividade aos conflitos, privilegiando o verdadeiro interesse público.

Certo de que não encerrada a presente discussão, finalizamos este breve artigo acreditando que auxiliará no fomento de um exame mais aprofundado sobre o tema, com uma maior reflexão e debate sobre o assunto.

#### 5 REFERÊNCIAS

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

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2006.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podium, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

## DOCUMENTOS JURÍDICOS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

BRASIL. Presidência da República. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e cria a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações).

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional e Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (ANP).

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001 que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas Públicas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, Terrestres, a Agência Nacional

de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, com redação dada pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. Advocacia-Geral da União. Portaria nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, dispõe sobre o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União.

