



CONSIDERAÇÕES SOBRE A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (A APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.129, DE 26.05.2015)

CONSIDERATIONS ABOUT USING ARBITRATION IN DISPUTES INVOLVING PUBLIC ADMINISTRATION (THE BRAZILIAN LEGISLATIVE ACT Nº 13129)

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti¹

RESUMO

Partindo do princípio da plenitude da tutela jurisdicional, em exame de direito comparado, e analisando conceitos clássicos do Direito Administrativo, este artigo pretende examinar alguns aspectos principais quanto à utilização da arbitragem na solução de conflitos envolvendo a Administração Pública, especialmente à vista da Lei nº 13.129/2015.

Palavras-chave: Princípio da plenitude da tutela jurisdicional. Arbitragem. Administração Pública. Direitos disponíveis. Legalidade e publicidade.

ABSTRACT

Based on considerations about the judicial review in the comparative law field and analyzing classic concepts of Administrative Law, this article intends to examine some principal aspects of the utilization of arbitration to the solution of conflicts involving the Public Administration, considering especially the Law nº 13.129/2015.

Keywords: Judicial review. Arbitration. Public Administration. Available rights. Legality. Publicity.

¹ Doutor em Direito pela UFPE e Professor Titular de Direito Administrativo. Diretor da Faculdade de Direito do Recife da UFPE. Juiz do TRF da 5ª. Região (Aposentado). E-mail: franciscoqueirozcavalcanti@gmail.com.



I A título de Introdução, destaque-se que os conflitos envolvendo a Administração Pública alcançam um universo bastante amplo em uma sociedade com enorme participação do Estado na vida social, como é o caso brasileiro.

Mesmo com a redução da prestação de serviços públicos e de serviços de interesse geral diretamente pelo Estado, ampliaram-se as relações jurídicas, inclusive com novas facetas, como aquelas decorrentes das terceirizações, envolvendo os usuários e o Estado, o Estado e os prestadores de serviços, as atividades regulatórias e suas decorrências.

Poder-se-ia contrapor o argumento da ampliação do modelo regulatório, a partir dos anos noventa do século passado, como fator de diminuição das atividades estatais e, por conseguinte, de redução da presença dos entes públicos nos polos das demandas. Ocorre que a diminuição das atividades do Estado, enquanto prestador direto de serviços, com o desenvolvimento das terceirizações sob variadas formas², também representa fonte de potenciais conflitos.

Como resultado desses fatos e do alargamento de direitos individuais, coletivos e difusos presentes na Constituição Federal de 1988, multiplicaram-se as áreas de conflitos que sofrem o “estrangulamento” decorrente da plenitude da tutela jurisdicional presente no art. 5º do Texto Constitucional.

Nesse contexto, não se pode olvidar que a garantia constitucional inserida no art. 5º, XXXV, da CF/88 (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), embora de enorme relevo, não necessariamente assegura com efetividade a proteção pretendida. Há outros sistemas que, mesmo sem judicializarem plenamente a proteção, conseguem assegurar bem mais efetividade. É o caso do modelo norte-americano. Garantir que os conflitos serão levados às “barras dos tribunais” não significa, necessariamente, soluções justas e céleres. A depender dos percalços que permeiam a atuação de juízes e tribunais, tais judicializações podem ser, e são, muito menos eficientes e mais injustas do que a solução por outros entes, quando esses estão adequadamente estruturados.

II Para a compreensão do sentido da plenitude da tutela jurisdicional assegurada no Direito brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXV), mister se faz examinar alguns aspectos de relevo: a) a abrangência da expressão direito (alcançando direitos individuais, coletivos e difusos; equiparando direitos e interesses legalmente

²Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 22.



protegidos); b) a proteção contra a ameaça a direito e, por conseguinte, a análise da questão pertinente ao momento do controle judicial.

III Inicialmente é de se observar que o princípio da tutela jurisdicional não tem pretensão de aceitação generalizada, mesmo nos ordenamentos jurídicos ocidentais que tradicionalmente têm servido de referencial ou de fonte de inspiração ao Direito brasileiro.

Observe-se, *e. g.*, o direito norte-americano. Naquele sistema, a lei pode excluir matérias da apreciação judicial, desde que tais não sejam de fundo constitucional, nem vise o procedimento judicial a defesa de direitos de fundo constitucional. Isso se expressa no seguinte pensamento:

[...] since Congress controls the jurisdiction of the federal courts, it is free to write into statutes particular exceptions to the general availability of judicial review by statute. Courts are bound to follow these congressional directives so long as they are constitutional³.

Embora se reconheça que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem sido cautelosa no exame dessa “statutory preclusion of review”, ao ressaltar que controle “will not be cut off unless the reipersuasive reason to be lieve that (this) wast He intention of congress”, e, que esse posicionamento do Congresso tem que ser demonstrado “by clear and convincing evidence” (*Abbot Laboratories v. Gardner*, 387, US (1967) – Supreme Court)⁴, ainda assim se verifica que razoável número de questões podem ser solucionadas extrajudicialmente, sem a opção pela via judicial, obrigando-se cada ente responsável pela solução não judicializada a atuar com presteza e eficiência.

A questão no seio do Direito ali vigente é de ser compreendida a partir do seguinte ponto, adequadamente identificado por Schwartz: a vedação do controle judicial não se presume. “Preclusion of judicial review of Administrative action [...] is not lighty to be inferred. *Borlow v. Collins* 397 US 159 (1970) [...] the question is phased in terms of prohibition rather than authorization [...]”⁵.

Preserva-se o respeito à Constituição e, quanto ao controle judicial sobre os atos do Estado que não alcançam direitos de fundo constitucional, permite-se à lei limitar esse acesso ao Judiciário.

³ GELLHORN, Ernest; BOYER, Barry B. **Administrative law and process**. Minnesota: West Publishing St. Paul, 1981. p. 301.

⁴ *Ibidem*.

⁵ SCHWARTZ, Bernard. **Administrative law**. 6. ed. Boston; Toronto: A Casebook Little Brown, 1977. p. 553.



Além dessa situação, o sistema norte-americano contempla outra hipótese de não exercício de controle judicial. É o que se intitula de “committed to agency discretion”, justificada por razões de ordem funcional. Argumenta-se que os tribunais agem visando constatar fatos e atos e retirar inferências a partir dos fatos, aplicando os princípios legais pertinentes, e que tal também ocorreria através de procedimentos administrativos nas “agencies”. Defendem Gellhorn e Boyer que, face à necessidade de preservação de segurança pública, de rapidez e flexibilidade da Administração Pública, esses aspectos poderiam ser esvaziados pelo “judicial review”. É importante observar, entretanto, que o juízo sobre a ocorrência de uma dessas situações é da Corte competente para o julgamento⁶.

Esse posicionamento é naturalmente fruto da realidade daquele Estado, no qual, hodiernamente, os direitos, liberdades e garantias individuais não são objeto de tão frequentes agressões pelo Estado. Tal fato faz com que não se apresente como de grande relevo o “judicial review”.

Situação distinta encontra-se no sistema do Reino Unido, que se distingue, por exemplo, do sistema brasileiro vigente, no qual há em Texto Constitucional norma no sentido da vedação da exclusão. No modelo britânico, a regra é a autorização do Parlamento e do *Common Law*. É a resposta à indagação sobre quem decide acerca da natureza e da extensão do controle jurisdicional. Emery e Smythe informam:

[...] the sources are two; common law and statute. From the common law source flows the so called 'supervisory' review jurisdiction of the high Court over a wide range of public authorities from the jurisdiction of courts to hear appeals 'appellate review jurisdiction'⁷

Os motivos apontados pela doutrina britânica, para as restrições ao “judicial review”, fundam-se em razões de ordem cultural. Também é relevante observar Sunkin, Bridges e Mészáros quando ressaltam esse dado, do qual resulta que “judicial review and the use of courts to challenge the actions of government has yet to become a standard element in the culture and practices of most solicitors or other legal services [...]”⁸.

⁶“When the Court finds that there is some compelling practical justification for avoiding review it may conclude that the action is wholly or partly committed to the agency’s unreviewable discretion the effect of the this determination is not only to prevent the normal judicial review for abuse of discretion; it also prevents the courts for examining other alleged effects in the agency decision such as lack of adequate factual support of procedural error”. Cf. GELLHORN, Ernest; BOYER, Barry B. **Administrative law and process**. Minnesota: West Publishing St. Paul, 1981.

⁷ EMERY, Carl T.; SMYTHE, B. **Judicial review**. London: Sweet Maxwell, 1986. p. 29.

⁸ SUNKIN, Maurice; BRIDGES, Lee; MÉSZÁROS, George. **Judicial review in perspective: an investigation of trends in the use and operation of the judicial review procedure in England and Wales**. London: The Public Law Project, 1993. p. 101.



Limitação ao controle judicial da Administração Pública, ou mais amplamente das demais funções do Estado, também se encontra no sistema argentino. Ali, “para La opinión mayoritaria, seguida, en general, por la jurisprudencial, La revisión judicial es posible, sin texto expreso que La autorice, toda vez que se defienda um derecho subjetivo, pero no para proteger intereses legítimos”. A situação argentina, em verdade, é afetada por elementos fáticos que, com certa frequência, alcançam o mundo jurídico. O posicionamento tímido do Judiciário daquele Estado é apontado por Ekmekdjian como “instinto de conservación del Poder Judicial [...]el más debil de la tríada y siempre existe El peligro de que sus decisiones no Sean cumplidas por los otros dos [...]”^{9/10}.

O sistema argentino, por sua vez, contém efetivamente limitações ao exercício do controle judicial sobre a função administrativa, não apenas levando em conta o aspecto da amplitude da tutela, mas também em função do elemento temporal.

Já no Direito português, a plenitude da tutela jurisdicional sobre o exercício da função administrativa é princípio consagrado na Constituição de 1976. O Tribunal Constitucional português, inclusive, quando do julgamento do Processo nº 590/88 (1ª Seção), decidiu:

GARANTIA DE RECURSO CONTENCIOSO
APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO TEMPO
DIREITO FUNDAMENTAL ANÁLOGO AOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS
PROCESSO CONSTITUCIONAL
FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE
COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
RECUSA DE APLICAÇÃO DE NORMA POR INCONSTITUCIONALIDADE
DIREITO ORDINÁRIO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO

[...]

V [...] O direito de recurso contencioso (artigo 269º, nº 2, da versão originária da Constituição, a que corresponde o artigo 268º, nº 3, na versão de 1982) é um direito fundamental análogo aos direitos, liberdades e garantias, beneficiando por isso do mesmo regime, incluindo a aplicabilidade directa e a possibilidade de restrição apenas nos casos previstos na Constituição através de lei geral e abstracta (artigo 17º e 18º da Constituição).

VI - Daí decorre a ilegitimidade de qualquer disposição da lei ordinária que declare irrecurável determinando acto administrativo definitivo e executório, ou restrinja o direito de impugnação contenciosa desse acto, ou de parte desse acto, ou o limite a alguns dos seus vícios.

⁹ EKMEKDJIAN, Miguel A. **Manual de la constitución argentina**. 2. ed. atual. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 503.

¹⁰ Aponta Ekmekdjian, como argumentos mais frequentes utilizados pela Corte Suprema daquele Estado para se evitar o controle judicial sobre atos de outros Poderes, “las referidas a lasllamadas 'cuestiones políticas' y a la zona de reserva de los otros dos poderes, lãs cual ES puede traducirse de los actos emanados de éstos, que es muy difícil, si no imposible, de destruir”. Ibidem.



[...] ¹¹

No mesmo sentido, poder-se-ia lembrar o Acórdão de 18/04/1991, no Processo nº 77.733, do Supremo Tribunal de Justiça, cuja ementa é de clareza indiscutível:

[...]

II - O direito de acesso aos tribunais é um direito fundamental que se traduz num verdadeiro direito à via judiciária, como garantia contra todos os actos lesivos do poder ou dos particulares ¹².

A Constituição portuguesa de 1976 representou sobretudo após a Lei Constitucional nº 01/82, um grande avanço em matéria de controle jurisdicional sobre a função administrativa. O fato é destacado por Rui Chancerelle de Machete, ao observar que:

[...] a introdução de novo recurso pelo art. 268º, nº 3 da Constituição quebra a perspectiva até agora exclusivamente seguida pelo legislador constituinte de considerar tão-só a defesa dos particulares contra actos administrativos ilegais admitindo-se a partir de agora que a jurisdição administrativa tutele também por forma directa situações subjetivas dos particulares. Esta inovação não constitui uma simples extensão de garantia constitucional ao contencioso das acções como o indica claramente o facto de o preceito constitucional qualificar este novo meio processual como um recurso ¹³.

Na verdade, tem-se como princípio norteador aquele que Machete denomina de princípio da "efectiva tutela jurisdicional" ou princípio da plenitude da tutela jurisdicional, expressão mais aceita pela doutrina brasileira.

Esse princípio foi objeto de paulatina ampliação no ordenamento português. “A proteção jurisdicional dos administrados tem sido sucessivamente ampliada através das leis constitucionais de revisão” ¹⁴, destaca Maças. Observando-se os Textos Constitucionais portugueses, a partir da Constituição de 1933 (inclusive a revisão de 1971), e, sobretudo, a Constituição de 1976, com as Leis Constitucionais de 1982 e 1989, constata-se a preocupação do legislador constitucional em assegurar efetivamente ao administrado proteção jurisdicional contra atos lesivos a direitos ou interesses legalmente protegidos, contra atos que não se

¹¹ O relator Vital Moreira, no voto que proferiu, destacou, inclusive: “A primeira revisão constitucional, operada pela Lei Constitucional nº 01/82, de 30 de setembro, veio, aliás, alargar o âmbito de proteção dos administrados, admitindo-se, agora, o direito de recurso contencioso contra quaisquer actos administrativos independentemente da sua forma e, para além do recurso anulatório, o recurso para o reconhecimento de direitos ou interesses juridicamente protegidos”.

¹² BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Lisboa, n. 388, p. 173, 1989.

¹³ MACHETE, Rui Chancerelle de. A garantia contenciosa para obter o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido. In: MIRANDA, Jorge de (Org.). **Nos dez anos da Constituição**. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 1986. p. 229.

¹⁴ MAÇAS, Maria Fernanda. A relevância constitucional da suspensão judicial da eficácia dos actos administrativo. In: **Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional**. Lisboa: Aequitas; Editorial Notícias, 1993. p. 328.



harmonizam com as normas e princípios, quer constitucionais, quer legais¹⁵. O atual estágio da disciplina da matéria pela Constituição portuguesa a coloca, sem dúvida, dentre as mais modernas do mundo.

É como bem sintetizam Canotilho e Vital Moreira:

Depois da revisão constitucional de 1989, a Constituição garante com nitidez duas formas de acesso aos tribunais por partes dos administrados: (a) O direito de recurso contencioso contra actos administrativos ilegais (nº 4); (2) O direito de acesso à justiça administrativa para tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos. Essa pluralidade de meios de tutela é de relevante significado jurídico-constitucional, dado que torna inquestionável o princípio da plenitude da garantia jurisdicional¹⁶.

IV Em relação ao Brasil, para melhor delimitação do sentido da plenitude da tutela jurisdicional sobre a função administrativa (inclusive a regulamentar), mister se faz que sejam observados alguns aspectos de grande importância, sobretudo, em razão do sistema decorrente da Constituição Federal de 1988. Imprescindível que se observem, ainda que com brevidade, o sentido da expressão **direito subjetivo**, tal como concebido no Direito brasileiro, e as construções recentes, com o alargamento das “**class action**” e o desenvolvimento das figuras de direitos (e também interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos).

Não é demais lembrar que a Constituição de 1988 não apenas ampliou o elenco de direitos e interesses tuteláveis pelo Judiciário, mas também aprimorou os mecanismos de controle jurídico-político exercido pelo Legislativo,¹⁷ inclusive no tocante ao papel dos

¹⁵ O Tribunal Constitucional português, no Acórdão nº 444/91, bem expressou os desdobramentos necessários à garantia de uma tutela jurisdicional efetiva, entendendo ser possível identificar três momentos distintos: “Primeiro, no direito de acesso à justiça a órgãos jurisdicionais, ou o que é o mesmo a órgãos independentes e imparciais (artigo 206º da Constituição) e cujos titulares gozam das prerrogativas da inamovibilidade e da irresponsabilidade pelas suas decisões (artigos 219, 1 e 2 da Lei fundamental); segundo, uma vez concretizado o acesso a um tribunal, no direito de obter uma solução num prazo razoável; terceiro, uma vez ditada a sentença, no direito à execução das decisões dos tribunais ou no direito à efetividade das sentenças”. Esses dois últimos aspectos são de grande relevância. A não adequada disciplina do elemento temporal pode, de fato, em certas circunstâncias até esvaziar o princípio da efetiva tutela jurisdicional. Daí, inclusive, a grande importância de aprimoramento do sistema de medidas cautelares em termos de contencioso administrativo, quer frente ao Direito português, quer frente ao Direito brasileiro. A questão da efetividade das sentenças ou das execuções contra as pessoas jurídicas de direito público é outro aspecto de crucial importância e que, em sistemas como o brasileiro, tem representado verdadeiro “calcanhar de Aquiles”. Esses aspectos serão oportunamente desenvolvidos. (Acórdãos doutrinários do Tribunal Constitucional. Lisboa, 1989).

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **A constituição portuguesa anotada**. Lisboa: Ed Coimbra. 1991. p. 937.

¹⁷ A propósito, destaque-se que o Congresso Nacional tem, de acordo com a Constituição Federal (art.49, V), competência exclusiva para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Verifica-se desse dispositivo, a atribuição de competência que representa, inclusive, controle com forte elemento jurídico. Além disso, consagra expressamente algo que a doutrina brasileira já defendia, de modo bastante pacífico, antes mesmo da Constituição vigente. Frente ao sistema brasileiro, não há regulamentos autônomos, sendo aqueles meros instrumentos para adequada aplicação da lei. É a antiga lição de Pontes de Miranda: “Onde se estabelecem, alteram, ou extinguem direitos, não há



Tribunais de Contas, e os próprios instrumentos para exercício do controle interno pelos órgãos responsáveis no âmbito da função administrativa.

V Pode-se ter como ponto de partida, para o exame da questão da plenitude da tutela jurisdicional, o entendimento exposto pelo Supremo Tribunal Federal, na Súmula nº. 473: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

O teor dessa súmula bem expressa o sentido e a amplitude do direito subjetivo consagrado pela jurisprudência brasileira, na esteira, sem dúvida, do que vem sendo defendido pela doutrina, preocupada com a garantia do administrado frente à Administração.

Nessa linha, uma das primeiras e mais relevantes constatações que se faz é no tocante à inexistência de maior relevo, no direito brasileiro, no tocante à distinção já bastante desenvolvida em sistemas, como o italiano, entre direito subjetivo e interesse legalmente protegido. Alguns como Celso Antônio Bandeira de Mello, defendem, inclusive, a

regulamentos, há abuso de poder regulamentar, invasão de competência do Poder Legislativo. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei”. No mesmo sentido lecionava Cretella Júnior: “Não pode o regulamento alterar a lei, nem criar obrigações para cidadãos, que somente estão sujeitos aos encargos constantes da própria disposição legislativa”. Podem regulamentos funcionar como instrumento normativo, internamente, em relação aos agentes públicos, mas nunca como comandos normativos dirigidos aos administrados, a não ser para disciplinar com maior precisão, ou maior individualidade, situações alcançadas pela moldura legal. Essa posição com finalidade tipicamente garantística não é original nem específica do direito brasileiro. À luz do sistema espanhol, lecionam García de Enterría e Ramón Fernández: “Un reglamento independiente de la ley únicamente cabe en el ámbito de las materias organizativas, incluyendo como mucho en las mismas los supuestos de regulaciones de las relaciones de supremacía especial, y ello siempre que no afecten a los derechos básicos de los interesados. El reglamento independiente está excluido, sin embargo, en el ámbito normativo externo a la administración que implique definición ‘abstracta’ (desde la posición de supremacía general poder-público-ciudadanos) de deberes y obligaciones para los particulares, porque esta materia esta reservada constitucionalmente a la ley” (curso de Derecho Administrativo, v. I). As Constituições dos Estados-membros brasileiros, regra geral, têm dispositivos similares aos da Constituição Federal, no sentido de atribuírem competência ao Legislativo estadual para sustar os atos do Poder Executivo estadual que exorbitem o poder regulamentar. Como exemplo, poder-se-ia citar a Constituição do Estado de São Paulo (art.20, IX) e a Constituição de Pernambuco (art.14, XIX). Além disso, é assegurada, no sistema constitucional vigente, ao Congresso Nacional a competência para fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta (CF/88, art. 49, X). O elenco de “atribuições de fiscalização” do Legislativo é, em verdade, bastante amplo, podendo-se, de modo sistemático, reproduzir as espécies apontadas por José Afonso da Silva: a) pedidos de informação, encaminhados pelas mesas das Casas aos Ministros de Estado; b) comissão parlamentar de inquérito; c) controle externo, com auxílio do Tribunal de Contas; d) fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo; e) tomadas de contas pela Câmara dos Deputados, nas hipóteses da CF/88, art. 51, II, e art. 84, XXIV. Feita apenas a referência, por não ser essa espécie de controle objeto do presente trabalho.



desnecessidade de tal distinção no ordenamento jurídico brasileiro, considerando a unidade de jurisdição, diversamente de outros sistemas de jurisdição dual¹⁸.

Ressalta aquele jurista, invocando, inclusive, excelente julgado, relatado por José Carlos Barbosa Moreira, que, frente ao sistema brasileiro, o relevante é a defesa da legalidade, inexistindo distinção básica quanto aos remédios jurídicos garantísticos, quer na hipótese de interesse legalmente protegido, quer na hipótese de direito subjetivo propriamente dito¹⁹.

VI Nesse contexto, com o Judiciário brasileiro assoberbado de processos, tentaram-se desenvolver mecanismos alternativos de solução de conflitos, como a arbitragem e a mediação.

Realce-se, de logo, que a arbitragem se consolidou nos sistemas jurídicos mais modernos como uma das alternativas mais relevantes de solução de conflitos, mormente quando instrumentos como a conciliação e a mediação mostram-se inviáveis. Como resume Tom Bingham:

An alternative to mediation and conciliation is arbitration: the appointment of independent arbitrator, often chosen by the parties, to rule on their dispute according to the terms of reference they give him. This can only be done by agreement, before or after the dispute arises, but where it is done the arbitrator has authority to make an award is binding on the parties and enforceable by the process of the courts²⁰.

No modelo brasileiro, as soluções não judiciais de conflitos surgiram com relativo atraso e, mesmo atualmente, não alcançaram ainda a amplitude que seria de se esperar. Em relação à Administração Pública, a rejeição inicial, por força de expressa previsão legal, os temores, as desconfianças sempre rondaram essas fórmulas, pelo receio de captura dos órgãos de arbitragem, em um país tão afogado em pântano patrimonialista, com multifacetadas presenças de instrumentos de corrupção.

Dentre os instrumentos alternativos, inseridos no modelo brasileiro e reconhecidos como constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, surgiram, pois, as figuras da arbitragem

¹⁸Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação jurisdicional dos interesses legítimos no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n.176, p. 9-15, abr./jun., 1989.

¹⁹ Observe-se, a título de exemplo, que a obra clássica do Direito brasileiro, em relação ao tema controle judicial da Administração Pública, de FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, parte do conceito de direito subjetivo: “Os direitos que o administrado tem diante do Estado a exigir prestações ativas ou negativas, constituem, no seu conjunto, os chamados direitos públicos subjetivos”. Constata-se, entretanto, que, ao desenvolver sua teoria, de que “os direitos do indivíduo em frente ao Estado têm sempre a sua fonte primária e essencial na lei. Algumas vezes bastam o enunciado legal e o preenchimento pelo indivíduo de certas condições de fato e de direito, que a lei prescreva, para que comece a existir o direito subjetivo do administrado”, inclui situações que, examinadas com acuidade, representam, em verdade, situações de tutela de interesses legalmente protegidos.

²⁰ BINGHAM, Tom. **The rule of law**. London: Penguin Books, 2011. p. 86.



e da mediação, embora com restrições iniciais à utilização dessas figuras nas relações envolvendo a Administração Pública.

É certo que essas restrições foram sendo minoradas, no que respeita a negócios jurídicos como as concessões e as formas específicas de parcerias público-privadas, promulgando-se, finalmente, as recentes **Leis nº 13.129, de 26.05.2015, e nº 13.140, de 26.06.2015**, possibilitando um maior alargamento da utilização desses instrumentos.

Faça-se, aqui, a primeira observação preliminar. É falaciosa a assertiva no sentido de que a inafastabilidade do controle judicial seria, em última análise, a grande garantia para o controle dos atos e contratos da Administração Pública. Em verdade, as grandes garantias são que haja celeridade no exame pelos entes, estatais ou não, responsáveis pelo controle dos atos e negócios jurídicos, que haja isenção, tecnicidade e que, ao final, haja efetividade para o cumprimento dos julgados. A estatização pesada e burocrática dos mecanismos de controle nem sempre se mostra eficiente, mesmo diante de ilegalidades de grande porte.

A pretensão da utilização da arbitragem nas relações jurídicas da Administração Pública vem nesta linha de modernização e maior eficiência dos instrumentos de solução de conflitos.

VII Apesar de ser já bastante sedimentado o conceito de Administração Pública, quer no sentido objetivo, quer no sentido subjetivo, de conjunto de órgãos integrantes das pessoas político-administrativas (Administração Direta) e de pessoas a eles vinculados, embora sem subordinação hierárquica (Administração Indireta), algumas observações devem ser tecidas, visando definir balizas acerca da utilização da arbitragem envolvendo a Administração Pública.

Passa-se, então, a examinar alguns dos conceitos fundamentais referidos na Lei nº 13.129/2015.

O texto legal veio a permitir à **Administração Pública Direta e Indireta utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis**.

Os principais conceitos aqui referidos são: a) Administração Pública Direta e Indireta; e b) direitos patrimoniais disponíveis.

Acerca do primeiro tópico é útil uma pequena digressão.

A Administração brasileira, em quaisquer de seus níveis (federal, estadual ou municipal) é estruturada em Administração Direta e Indireta. A primeira formada por meros órgãos integrantes das pessoas jurídicas básicas da União, Estados e Municípios e Distrito



Federal, submetidos todos, evidentemente, ao regime das pessoas que integram, afinal órgão, como já lecionava Marcello Caetano é:

[...] o elemento da pessoa coletiva que consiste num centro institucionalizado de poderes funcionais a ser exercido pelo indivíduo ou pelo colégio de indivíduos que nele estiverem providos, com o objetivo de exprimir a vontade juridicamente imputável a essa pessoa colectiva²¹.

[...] um centro de vontade da pessoa colectiva²².

Já a Administração Indireta (ou personalizada) subdivide-se em um conjunto de pessoas jurídicas de direito público (autarquias e fundações públicas), outro representado pelas pessoas jurídicas de direito privado (sociedades de economia mista e empresas públicas), que tanto podem exercer atividades de cunho estritamente econômico, nas hipóteses de relevante interesse coletivo ou segurança nacional, ou exercer atividades em regime de monopólio, mas sem a titularidade do serviço, como é o caso da atividade postal da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Não se pode olvidar que a Emenda Constitucional nº 19 fez ressurgir a hipótese de fundação estatal submetida ao regime de direito privado, sem as características autárquicas e sem explorar, como titular, atividade específica do Estado, ao possibilitar a criação de fundações estatais de direito privado, autorizadas por lei.

Sobre as fundações, abre-se um parêntesis para um singelo apontamento.

A natureza jurídica das fundações instituídas e mantidas pelo Estado foi, como sabido, durante muito tempo, objeto de acesas controvérsias doutrinárias, que, por certo, foram em parte reavivadas face à nova redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98 à CF/88 (“Art.37 [...] XIX - Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”).

No direito brasileiro, as fundações públicas, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, dividiram a doutrina quanto à sua natureza jurídica e ao seu regime. Tal diversidade de posicionamentos foi algo peculiar à doutrina brasileira, não sendo objeto de grandes controvérsias nos estudos estrangeiros.

A possibilidade de existirem fundações submetidas ao regime de direito público já era apontada por Otto Mayer no início deste século. Lecionava aquele jurista que a "fondation publique [öffentliche Stiftung] on leur donne pour caractère particulier d'avoir comme base

²¹ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 1969. p. 159.

²² Idem. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 65.



[abstract] simplement un certain patrimoine à l'opposé de la corporation et de l'association Qui ont derrière elles un même temps, un groupe de personnes". Demonstrava que o ser fundação dependia da estrutura jurídica da pessoa e não de ser a pessoa submetida a regime jurídico de direito privado ou público. Reconhecia, frente ao direito alemão, expressamente, a existência de fundações públicas. Na mesma linha, poder-se-iam citar, dentre inúmeros outros publicistas germânicos, **Lehmann e Forsthoff**. De seu lado, Laubadère, Venezia e Gaumet, no direito francês, citando Drago e L. Constans, ressaltavam a existência de fundações submetidas ao regime de Direito Público, distintas das corporações públicas. Lembravam "une nouvelle distinction fondamentale entre les collectivités publiques qui sont à caractère de corporation [et engloberaient avec les actuelles collectivités territorielles, les actuels établissements publics rassemblant des groupes humains] et les établissements publics qui sont [...] à caractère de fondation". Na Itália, já desde o início do século, autores como Carlo Girola se preocupavam com as fundações públicas. Mais recentemente, Guido Zanobini também procurou apresentar traços distintivos dessas instituições em cotejo com as demais integrantes da Administração italiana. Alessi, por sua vez, procurou caracterizar as fundações públicas, identificando-as como instituições e apresentando a seguinte formulação:

Las clasificaciones de las personas jurídicas públicas pueden ser varias segun los distintos elementos que se tomen com base de clasificación. Las clasificaciones mas importantes son las basadas sobre el distinto carácter del abstracto del ente [...] en base al primer elemento, las personas jurídicas públicas se clasifican en entidades de base corporativa e entidades de base institucional. Esta distinción se funda em la de los entes jurídicos en general de las personas privadas en particular, en las que distingue entre corporaciones e instituciones, conocida distinción basada en la distinta estructura y funcionamiento de ambas categorías.²³

No direito português, dentre outros autores, Diogo Freitas do Amaral lecionava, seguindo a trilha de Marcello Caetano, sobre a figura das fundações públicas, com instituto autônomo, ao lado das fundações de direito privado:

Damos por conhecido o conceito de fundação. Acrescentar-se-á apenas que a fundação pública é uma fundação que se reveste da natureza de pessoa colectiva pública. Enquanto a generalidade das fundações são pessoas colectivas privadas, reguladas pelo Código Civil, há umas quantas fundações, que são pessoas colectivas públicas, reguladas pelo Direito Administrativo. Trata-se, portanto, de patrimônios que são afectados à prossecução de fins públicos especiais.²⁴

²³ ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch Casa Editorial. 1970. v. 1, p. 55.

²⁴ AMARAL, Diogo Freitas. **Curso de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1986. v. 1, p. 44.



A existência das fundações públicas é aceita pelos principais ordenamentos jurídicos, normalmente tidos como referenciais para as construções jurídicas brasileiras e por seus doutrinadores.

No direito brasileiro, antes do surgimento da polêmica dos anos sessenta e setenta do século passado, as fundações de direito público já eram mencionadas por clássicos como Carvalho Santos, que, inclusive, destacava que o Estado "mantem diferentes organizações de difícil enquadramento no sistema legal, compreendendo diferentes espécies de pessoas jurídicas de Direito Administrativo, tais como: a. as autarquias [...] b. os estabelecimentos de ensino e cultura [...] c. as organizações do tipo fundacional, subordinadas a organizações outras de interesse público [...] d. as fundações de direito público interno ou administrativo". Já publicistas como Themistócles Brandão Cavalcanti consideravam inadequado aquilo que denominavam de adaptação do modelo germânico, concluindo que "pouco importam as analogias que existem entre as fundações e as entidades públicas autônomas quer quanto à impertinência de seu elemento patrimonial à sua destinação especial, traço característico das fundações, quer quanto à finalidade coletiva de sua instituição, porque essas analogias se encontram na maioria das instituições jurídicas". Essas divergências seriam aguçadas, com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 200/67 e, sobretudo, com sua alteração pelo Decreto-Lei 900/69, esse último tido como relevante por parcela da doutrina, como evidência da adoção da tese da inexistência de fundações de direito público no direito brasileiro. De um lado, autores como Manoel Oliveira Franco Sobrinho afirmavam que "fundações como públicas inexistem. A pessoa jurídica chamada fundação não há como forçar argumentos que se perdem na abstração sejam quais sejam os seus fins específicos, somente poderão ser de direito privado, porque assim está institucionalizado e consagrado pelo direito positivo". A propósito, podem ser referidos também Hely Lopes Meirelles e Sérgio D'Andréa Ferreira. Por outro ângulo, autores como José Cretella Júnior procuravam demonstrar da existência das fundações de direito público. Aquele mestre paulista, *e.g.*, em respeitável monografia, procurou demonstrar que:

[...] partindo-se da categoria jurídica da fundação-patrimônio personalizado dirigido a um fim atingem-se as duas modalidades paralelas e inconfundíveis, a fundação de direito privado [patrimônio privado, personalizado pelo registro, afetado a fins particulares] e a fundação de direito público [patrimônio público personalizado pela lei e afetado a fins de interesse público] realidades absolutamente inconfundíveis, o que se verifica pela compreensão rigorosa entre os respectivos regimes jurídicos, levando-se em conta uma a uma todas as conotações [...] uma pessoa jurídica administrativa, de substrato patrimonial estatal, criada por lei, regida pelo direito administrativo, que não pode auto-desfazer-se, que edita atos administrativos, sujeitas à tutela da entidade matriz criadora, que não pode receber liberações que



importem em desvio de finalidade, cujas contas são fiscalizadas pelo Tribunal de Contas, de modo algum pode identificar-se como uma fundação de direito privado.²⁵

Miguel Reale seguiu pela mesma trilha, lembrando lições de mestres como Clóvis Beviláqua, Lacerda de Almeida e João Mendes, ressaltando os equívocos em se pretender entender como de direito privado as fundações instituídas pelo Estado para o exercício de atividades tipicamente públicas. Também, no mesmo sentido, Lafayette Pondé.

A matéria viria a ser paulatinamente pacificada a partir da predominância dessa última posição, sendo marcante para tal a argumentação de Celso Antônio Bandeira de Mello, delineada na magistral tese “Natureza e Regime Jurídico das Autarquias”, na qual aquele autor, após aprofundado exame da doutrina sobre a matéria, ressaltava o equívoco em rotular-se um instituto pela denominação que se lhe dá e de se supor que a fundação seria um instituto próprio do Direito Privado e não da Teoria Geral do Direito. Admitiu aquele jurista que o Estado participasse da criação, instituição e manutenção de fundação de direito privado, não se confundindo essa hipótese com a de criação de fundações para o exercício de atividades típicas, com titularidade de competências estatais, sendo essas, evidentemente, de direito público, espécies do gênero autarquia.

Em verdade, no período de vigência da EC nº 01/69, sobretudo até os meados da década de oitenta, a divergência doutrinária, refletida na legislação, possibilitou o surgimento de algumas construções, no mínimo, esdrúxulas. Por exemplo, a Lei n.º 6.860/80, que autorizou a criação da Fundação Petrônio Portella, vinculada ao Ministério da Justiça, o fez como ente de direito privado, embora atribuindo àquela fundação a gestão de serviços públicos e assegurando-lhe imunidade só pertinente a entes de direito público (art.19, III, *a*, da EC nº 01/69). No mesmo sentido, a Lei n.º 7.555, de 18.12.86, autorizadora da criação da Fundação São João Del Rey, e a Lei n.º 6.687, autorizadora da criação da Fundação Joaquim Nabuco. Aos poucos, entretanto, observou-se tendência moralizadora, de publicização dessas entidades, com suas "reintegrações" à Administração Indireta e o conseqüente aumento de normas de controle incidentes, evitando-se ou minorando os abusos que estavam a ocorrer, sobretudo em relação à aplicação de verbas nos contratos de obras e serviços e nas contratações de pessoal, inclusive em relação à questão da acumulação de cargos e empregos. Nessa linha, o Decreto-Lei n.º 2.299, de 29.11.86, cujo art. 4º expressamente as incluiu na Administração Indireta e as subordinou aos mecanismos de gestão financeira e incluiu seus

²⁵ CRETELLA JUNIOR, José. **Fundações de direito público**. São Paulo: Forense, 1986. p. 15.



serviços no plano de classificação de cargos e salários então aplicáveis aos órgãos e pessoas jurídicas de direito público (cf. Lei n.º 5.645, de 10.12.70). Também pertinentes foram as modificações que se seguiram em relação ao regime de licitações e contratos. A jurisprudência, por sua vez, também evoluiu, no sentido da aceitação e do reconhecimento da publicização desses entes fundacionais. Dentre outros precedentes, pode-se lembrar do Conflito de Jurisdição n.º 6.073-MG, relatado pelo Ministro Cordeiro Guerra, no Pleno do STF, admitindo a possibilidade de dois regimes jurídicos de fundações instituídas pelo Estado a depender do regime jurídico e do objeto. Pode-se afirmar que o STF apresentou várias fases interpretativas em relação a essa questão. Primeiramente, adotou a tese privatista de Hely Lopes Meirelles e outros (nesse sentido, o Recurso Extraordinário n.º 75.315, 1ª Turma; Conflito de Jurisdição n.º 6.175, 2ª Turma). Posteriormente, aquela Corte passou a aceitar a tese da existência das fundações de direito público, entendendo que aquelas que assumiam a gestão de serviços públicos seriam enquadráveis como espécie do gênero autarquia. Nesse sentido, dentre outros, o Recurso Extraordinário n.º 101.126, de 24 de outubro de 1984, que teve como Relator o Ministro Moreira Alves, com a seguinte descrição na ementa: “Nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado”.

As fundações instituídas pelo Poder Público que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo, previsto nos Estados-membros por leis estaduais, são fundações de direito público e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécies do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o § 2º do art. 99 da Constituição Federal. Também, no mesmo sentido, o Conflito de Jurisdição n.º 6.566, Relator Min. Aldir Passarinho, que em seu voto condutor destacou:

[...] as fundações instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público que integram o gênero autarquia. O mesmo obviamente ocorre em relação a fundações que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo no âmbito da União por leis federais.²⁶

Essa tendência jurisprudencial, juntamente com os novos textos legais e com a postura doutrinária publicista, influenciou decisivamente a Carta de 1988, que consagrou a figura da fundação de direito público, várias vezes referenciada em seu texto, expressamente constando, inclusive, administração fundacional no texto original do *caput* do art.37. Sabido é que a redação desse dispositivo foi alterada pela Emenda Constitucional n.º 19/98,

²⁶ Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08. 2015.



suprimindo-se a referência fundacional, não devendo, entretanto, tal ser entendida como afastamento das fundações públicas do elenco de entes da Administração Pública, mas de mera supressão de um equívoco, pois, ao referir-se o citado *caput* do art.37 à Administração Indireta estaria a alcançar aquele tipo de pessoa jurídica.

Encontram-se referências a essas entidades no art.37, XVII (acumulação de cargos, empregos e funções), e, ainda, no art.37, XII e XIX, no art. 22, XXVII, no art.38, no art.150, VI, *a*, e no ADCT, art.19, § 2º, sem esquecer o revogado art. 39. Esse conjunto normativo aponta para um regime de Direito Público.

Não se deve, entretanto, afirmar que o Estado não possa participar devidamente autorizado por lei, da instituição ou manutenção de alguma fundação de direito privado que exerça atividade de interesse público. Embora, nessa hipótese, vedada a criação para exercício com titularidade de serviço público e exercido, evidentemente o devido controle, interno e externo, sobre as verbas oriundas dos cofres públicos. Em relação às fundações de direito público, predomina na doutrina a tese de que seriam espécies do gênero autarquia. É expressão dessa corrente Celso Antônio Bandeira de Mello que defende:

[...] em rigor as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm. É que, como se sabe, as pessoas jurídicas sejam elas de direito público, sejam de direito privado, são classificáveis em dois tipos, no que concerne ao 'abstracto básico' sobre que assentam: pessoas de base corporativa [corporações, associações, sociedades] e pessoas de base fundacional [fundações]. Enquanto as primeiras tomam como substrato uma associação de pessoas, o substrato das segundas é, como habitualmente se diz, um patrimônio personalizado ou, como mais corretamente dever-se-ia dizer, a personalização de uma finalidade [...] a Constituição referiu-se às Fundações Públicas em paralelismo com as Autarquias, portanto, como se fossem realidades distintas porque, simplesmente existem estes nomes diversos, utilizados no direito brasileiro para nominar pessoas estatais. Seus objetivos foram pragmáticos. Colhê-las seguramente nas dicções a elas reportadas, prevenindo que, em razão de discussões doutrinárias e interpretações divergentes pudessem ficar à margem dos dispositivos que as pretendiam alcançar.²⁷

O pensamento do autor citado é brilhante e bem desenvolvido em termos de lógica jurídica. Parte de um conceito amplo de autarquia, "pessoa jurídica de direito público de capacidade exclusivamente administrativa", conceito esse que do rol das pessoas jurídicas de direito público interno só exclui os entes políticos, considera-o como gênero e a partir dessa

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 33.



idéia básica define as espécies: autarquias de base patrimonial e autarquias de base corporativa.

Parece, entretanto, que, apesar da qualidade da construção dessa doutrina, não foi essa a previsão da Constituição de 1988 que pretendeu limitar o conceito autarquia a apenas uma das espécies de pessoas de direito público de capacidade meramente administrativa. Poder-se-ia até fazer uma digressão para ressaltar que, efetivamente, quase não existem entidades de direito público de base patrimonial, no Brasil. O que vem ocorrendo é que, em muitas situações, as pretensas fundações não têm qualquer base patrimonial. Nessa esteira, poder-se-ia exemplificar com o caso das "fundações públicas universitárias federais brasileiras", que, efetivamente, não têm patrimônio e rendas capazes de gerar receitas suficientes para as suas manutenções, não se distinguindo, na prática, das autarquias federais universitárias brasileiras, a não ser por serem instituições mais recentes, criadas normalmente nas décadas de sessenta e setenta do século passado, quando o modismo criador dessas entidades se justificava, sobretudo, pela maior liberdade na aplicação de recursos e pela maior limitação em relação aos mecanismos de controle, pela ideia prevalente à época, de serem instituições de direito privado, mesmo voltadas para a prestação de serviços públicos.

A Constituição de 1988, nos arts. 22, 37, 38, 150, entre outros, refere-se sempre a dois tipos distintos de entidades - fundações públicas e autarquias -, devendo-se entender que, apesar de serem ambas pessoas jurídicas de direito público interno, com traços comuns, não se confundem. Em tendo a Constituição expressamente consagrado a dualidade, não cabe à doutrina desprezar essa diversidade. Nesse ponto, extremamente ponderada a lição de Odete MEDAUAR, ao afirmar sobre a matéria que:

[...] aparecem, na doutrina e na jurisprudência, afirmações no sentido de que as fundações públicas são espécies do gênero autarquia, sendo, portanto, autarquias. Parece melhor aceitar que, embora possam ter semelhanças com as autarquias, as fundações que foram criadas nas últimas décadas por iniciativa do Poder Público são uma nova forma de descentralização por serviço, um novo tipo de pessoa administrativa (como afirmam Homero SENNA e Clóvis ZOBARAN MONTEIRO, na obra **Fundações Públicas: no direito, na administração**, 1970, p. 231). Parece estranho uma entidade (fundação) ser tida como espécie de outra (autarquia) sem se confundirem nos seus conceitos (como bem ponderou o saudoso Hely Lopes MEIRELLES, **Direito administrativo brasileiro**, 15. ed., 1990, p. 311). Trata-se, portanto de outra entidade, como prevê a legislação brasileira. Mesmo distanciando-se das características das fundações apontadas no direito civil, sobretudo por faltar, muitas vezes, a reserva de patrimônio destinada a um fim. O ordenamento intitulou-as fundações públicas, como entidades da Administração indireta, que realizam atividades que o Poder Público assume para atendimento de fins de interesse geral.²⁸

²⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 57.



A ponderação é relevante. A Constituição referiu-se a duas figuras e tal fato não pode ser relevado.

O que vinha ocorrendo era, tão somente, a criação de entidades rotuladas de fundações públicas sem que os requisitos para a existência como tal estivessem presentes. É possível a criação de entidades de direito público com a forma de fundação, exigindo-se, entretanto, que seu patrimônio e suas rendas sejam suficientes para tê-las como autossuficientes. Não se olvide que a Emenda Constitucional n.º 19/98 diferenciou a autarquia em sentido estrito da fundação pública, inclusive quanto ao processo de criação. Enquanto em relação às autarquias o art.37, XIX, com a redação Emenda já referida, exige lei especial para criação, em relação às fundações públicas a lei especial é, de acordo com o citado dispositivo, apenas um instrumento autorizador. Evidentemente, o objetivo da Emenda foi especializar as fundações, tanto que novas apenas surgirão para atuar nas áreas a serem definidas por lei complementar, fazendo cessar a criação, sem critério, dessas entidades como vinha ocorrendo. A necessidade do procedimento complementar à lei servirá, inclusive, para afetação de patrimônio destinado a possibilitar ao ente fundacional alcançar seus objetivos.

Com o novo Texto Constitucional, ora vigente, e a edição da prevista lei complementar, ter-se-ão como critérios diferenciadores, além do substrato, o procedimento de criação e a área de atuação, podendo-se, por previsão legal, ter, inclusive, regime diferenciado de pessoal, face à modificação do art.39 da Carta Constitucional, e possibilidade de uma pluralidade de regimes jurídicos de pessoal. Poder-se-á precisar os contornos dessas fundações públicas a serem, doravante, criadas como pessoas jurídicas públicas de direito público de substrato patrimonial, advindas a partir de uma lei autorizadora para atuação em áreas definidas em lei complementar. As fundações públicas hoje existentes, não enquadráveis nessa conceituação, deverão, ou pelo menos deveriam, ser transformadas em meras autarquias, ou até mesmo extintas, transformando-se em meros órgãos da Administração Direta.

Ressalte-se, ainda, que o Código Civil de 2002 é compatível com esse posicionamento. Prevê que são pessoas jurídicas de direito público interno a União, os Estados, o Distrito Federal, os territórios, os Municípios, as autarquias e as demais entidades de caráter público criadas por lei. Fixa, ademais, que “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”.



Ora, em tendo sido aprovado esse texto, o conceito abrangente de autarquia construído por Celso Antônio Bandeira de Mello, afastado pela EC nº 19/98, estará, definitivamente superado. Não se pode mais falar em autarquia como sinônimo de pessoa jurídica de direito público com capacidade exclusivamente administrativa, pois esse conceito, contraposto ao de pessoa jurídica política, corresponde já hoje a um conjunto, formado por entidades com substratos e formas de criação distintos. Resta aguardar, por outro lado, a edição da lei complementar definidora das áreas de atuação das fundações públicas, uma longa espera, criadora de um relevante hiato legislativo. De logo, salienta-se que essas pessoas podem vir a ser de grande relevo, para atuação no chamado terceiro setor e, também, como entes reguladores (desde que lhes seja assegurado patrimônio suficiente para tal, suprimindo-se a ficção da fundação com patrimônio "zero"). Caberá ao legislador complementar a fixação de tais balizas, que, evidentemente, não poderão alcançar a produção de bens e serviços de cunho econômico, reservada à iniciativa privada e, subsidiariamente, a sociedades de economia mista, empresas públicas e a subsidiárias delas (art. 173 da CF/88).

O Código Civil de 2002 tratou expressamente das fundações “não autárquicas”, ou seja, da possibilidade de criação pelo Estado de pessoas fundacionais, estruturadas sob a forma de Direito Privado. Não se pode olvidar que a alteração do modelo de Estado brasileiro, nos anos noventa do século passado, fez também surgir novas subespécies de entes de direito público com finalidades específicas, como as agências reguladoras, consideradas **autarquias especiais** e as chamadas **agências executivas**, qualificação atribuível a autarquias ou fundações públicas, em função de mecanismos de aprimoramento “gerencial”.

Aperfeiçoou-se o terceiro conjunto representado pelos serviços de natureza econômica, exercidos por entidades privadas (não necessariamente pessoas integrantes da estrutura estatal), através de mecanismos contratuais de transferência do exercício de atividades nas áreas de relevo econômico, basicamente com as concessões e as permissões de serviços públicos, fundadas na Constituição Federal (art. 175). Consideradas como espécies do gênero concessão, desenvolveu-se o uso das parcerias público-privadas, embora esse enquadramento das PPPs como espécie de concessões seja teoricamente criticável.

Já no tocante às atividades não essencialmente econômicas, compondo o chamado terceiro setor, ou de atividades públicas não-governamentais, nele surgiram figuras novas como as organizações sociais (OSs) e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), multiplicaram-se os convênios e contratos de repasses com ONGs, embora muitas vezes sem o devido controle.



É de se observar que, no tocante às relações negociais e quanto aos atos praticados por sociedades de economia mista e empresas públicas e, também, por concessionários ou permissionários de serviços públicos, regra geral, como pessoas jurídicas de direito privado em suas relações com terceiros, na condição de empresas privadas, todo o mecanismo de controle judicial pertinente é aquele aplicável às demais pessoas jurídicas de direito privado estranhas à Administração Pública, embora com especificidades, como a aplicação de princípios e regras visando à proteção do patrimônio público e de princípios constitucionais pertinentes à Administração Pública.

Esse princípio de tratamento similar entre as pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública que exercem atividades econômicas em regime de concorrência é de cunho isonômico e extrai-se de várias passagens da Constituição brasileira, inclusive do art. 173 do Texto Maior:

Art. 173 [...]

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Não se deve esquecer, pois, que há mecanismos de controle judicial da Administração Pública que se projetam até essas entidades em função da atuação dessas pessoas, ou de regras especiais de cunho garantístico em favor do administrado, ou até para garantia de direitos coletivos ou difusos. Inúmeras situações há em que essas empresas recebem por via legislativa, delegação do Poder Público, a exemplo da Caixa Econômica Federal (empresa pública federal), em relação à gestão do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) de todo o conjunto de trabalhadores em território nacional, submetidos à legislação trabalhista brasileira. Em situações como essa, os agentes dessas empresas são enquadráveis no conceito de autoridade, podendo seus atos lesivos, ou que venham a ameaçar direitos, ser sujeitos a controle pela via do mandado de segurança. Também para fins de proteção patrimonial, considerando que os capitais das sociedades de economia mista e das empresas públicas são formados parcial ou totalmente com recursos oriundos de pessoas jurídicas de direito público (Decreto-Lei nº 200/67, art. 5º, II e III, e Decreto-Lei nº 900/69), a elas se estende a possibilidade de terem seus atos sujeitos a controle judicial pela via da ação popular. Não se pode esquecer, também, que a Constituição Federal de 1988 procurou ampliar os mecanismos de controle sobre essas pessoas jurídicas de direito privado, aproximando-as



das pessoas jurídicas de direito público, no tocante à observância dos princípios básicos contidos no art. 37 (*e.g.*, no tocante à necessidade de concurso público para admissão de seus empregados, de licitação a preceder a celebração dos contratos de obras e de serviços em geral etc.), aperfeiçoando o sistema de controle legislativo exercido com auxílio dos Tribunais de Contas (dos Estados - TCEs e da União - TCU)²⁹.

Além disso, no tocante à disciplina da aplicação de sanção por ato de improbidade, deu-se à expressão agente público conceito amplo para incluir os titulares não só de cargos e funções nas entidades de direito público, mas também os empregados das pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública (Lei nº 8.429, de 02.06.92).

VIII Outro conceito fundamental, bastante diáfano, para a adequada compreensão da Lei nº 13.129, é o de **direito patrimonial disponível**. O caráter patrimonial do direito passível de arbitramento é de fácil deslinde. Difícil é o exame da **disponibilidade** do direito, matéria que tem obtido explicitações extremamente díspares na doutrina e também, por consequência, na jurisprudência.

Ressaltem-se esses dois aspectos relevantes: direito patrimonial; e direito disponível.

Quanto à **disponibilidade** de direitos, em se tratando daqueles que tem como titulares entes da Administração Pública deve-se observar que, em muitas situações, a indisponibilidade está relacionada, deriva do conjunto de atribuições impostas àqueles em função do sistema jurídico-constitucional. Pode-se exemplificar com aqueles decorrentes das atribuições referentes ao poder de polícia ou à atividade regulatória do Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca como pilares de todo o sistema de direito administrativo “os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público pela Administração”³⁰.

²⁹ Esse aperfeiçoamento é bem indicado na síntese do Ministro **Homero Santos** (do TCU): “Estabelecidos e analisados os métodos e enfoques, pelo modelo constitucional vigente, verifica-se que o controle das estatais é exercido em toda a sua plenitude pelo Tribunal de Contas da União, não apenas por força da legislação ordinária, mas por imposição constitucional, através dos seguintes aspectos:/1º) a exatidão das contas, que antes envolvia apenas os atos de gestão financeira e patrimonial, agora incluem os aspectos contábil, orçamentário e operacional;/2º) o exame da legitimidade dos atos, desde o nascimento até a extinção de direitos e obrigações, que digam respeito a gestão empresarial, como também o cumprimento de diretrizes e metas governamentais;/3º) A competência básica do controle, que antes era o exame das contas da gestão deve estender-se à avaliação do desempenho e resultados alcançados;/4º) As inspeções realizadas, dentro do sistema de auditoria, com vistas a verificar qualquer espécie de ilegalidade, ou irregularidades durante o exercício da atividade econômica, além dos aspectos operacionais (eficiência, eficácia e economicidade);/5º) A avaliação do desempenho deve deixar de ser mensurada apenas pelos aspectos financeiro de lucro e produtividade, passando-se a verificar a qualidade dos serviços e o atingimento dos objetivos da função social e do interesse público”. **Revista do TCU**, Brasília, n.75, p. 65, 1998.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 56.



Acerca da dita supremacia do interesse público, hoje ela tem um sentido mais democrático. A prevalência não significa desprezo, desrespeito aos direitos dos administrados. Nessa linha, quando a Constituição prevê as limitações ao direito de propriedade, também prevê os mecanismos compensatórios.

Na mesma pisada, a indisponibilidade do interesse público representa, em um regime democrático, a prevalência do interesse do conjunto da sociedade sobre os direitos disponíveis do indivíduo e sempre respeitados os procedimentos imprescindíveis a assegurar os direitos daqueles destinatários das ações estatais. Tal preocupação já era destacada, embora com maior limitação, desde clássicos do Direito Administrativo, como o Visconde do Uruguay³¹, até autores hodiernos como Mike Feintuck, que desenvolve notável obra monográfica acerca dos limites e do conceito de interesse público no Estado Regulador³².

O sentido de interesse público não pode ser utilizado como instrumento ou argumento para atuações ou omissões do Estado, em prejuízo ou em detrimento de todo o arcabouço de direitos dos cidadãos previstos ou decorrentes de direitos e garantias constitucionais.

Ressalte-se a referência no texto legal modificado à limitação da aplicação do instituto da arbitragem, em conflitos envolvendo entes da Administração em um dos polos, a direitos patrimoniais disponíveis.

Destaque-se, de logo, que a restrição a conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, constante do § 1º do art. 1º da Lei nº 13.129, representa uma “repetição” do que já constava no *caput* do citado artigo, na redação original da Lei nº 9.307.

Não seria possível imaginar-se arbitragem no tocante a direitos, em relação aos quais a parte deles não poderia dispor, sobretudo em sendo o seu titular ente público. Nesse rol, enquadram-se aqueles referentes a valores imateriais de fundo constitucional, como os concernentes à proteção da pessoa humana, a valores como a liberdade, a integridade física e moral, a proteção a valores fundamentais, como os inseridos no art. 5º da Constituição Federal.

Relevante, ainda, destacar-se a expressão **direitos patrimoniais disponíveis**. Há direitos patrimoniais, sobretudo envolvendo a titularidade por pessoas jurídicas de direito

³¹ Cf. VISCONDE DO URUGUAY. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1862. t. 2, p. 39.

³² Cf. FEINTUCK, Mike. **The public interest in regulation**. New York: Oxford University Press, 2004. p. 24.



público, em relação aos quais não há essa disponibilidade. Pode-se exemplificar com aqueles bens pertencentes à União por força de expressa previsão constitucional³³.

Acerca da questão referente a bens patrimoniais é importante destacar não se poder construir uma tese simplista acerca do direito meramente patrimonial dos entes públicos como passíveis de capitulação como meros interesses públicos “secundários”.

Essa discussão teve bastante realce, inclusive na interpretação do art. 82, III, do CPC, quanto à existência de interesse público em matéria patrimonial, nem sempre de fácil solução, exigindo um cuidadoso exame de cada caso³⁴. Por vezes, se alegar, por exemplo, a

³³ Art. 20. São bens da União: / [...] / II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; / III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; / IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; / V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; / VI - o mar territorial; / VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos; / VIII - os potenciais de energia hidráulica; / IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo; / X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; / XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (CF/ 88)

³⁴ Observe-se, por exemplo, o seguinte acórdão do STJ: REsp 1248237/DF (1ª Turma, j. em 18.09.2014) – “EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DA QUEBRA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DE CONTRATO DE CONCESSÃO. TRANSPORTE AÉREO. CONGELAMENTO TARIFÁRIO. VULTOSOS PREJUÍZOS CAUSADOS À CONCESSIONÁRIA. EVIDENTE RUPTURA DA EQUAÇÃO FINANCEIRA ORIGINALMENTE PACTUADA. DIREITO À RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO ORIGINAL. ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA CONFIANÇA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: RE 1.831.180/DF, RELATOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI E RE 571.969/DF, RELATORA MINISTRA CARMEM LÚCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER O DEVER DA UNIÃO DE INDENIZAR A AUTORA, EM MONTANTE A SER APURADO EM FUTURA LIQUIDAÇÃO./1. O reexame que se veda na via recursal especial prende-se à existência ou correção dos fatos delimitados na sentença ou no acórdão recorrido. Nesse passo, é perfeitamente possível a este Tribunal Superior, no julgamento do Recurso Especial, conferir nova qualificação jurídica a um fato, uma vez que sua errônea ou precisa definição pode impedir que sobre ele incida a regra jurídica justa e adequada. O debate, portanto, fica adstrito a matéria de direito e não de fato./2. No caso dos autos, é incontroverso o fato de a empresa autora, ora recorrente, ter prestado serviços de transporte aéreo, mediante concessão de serviço público pactuada com a UNIÃO. Igualmente, não se discute que as tarifas praticadas para o transporte aéreo de passageiros, cargas e mala postal eram controladas pelo Poder Concedente, nos moldes da política econômica adotada pelo Governo Federal de 1986/87 a 1992./3. Os contratos de concessão têm garantida a manutenção do seu equilíbrio Econômico financeiro, de modo a viabilizar que as obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste encontrem correspondência na compensação econômica adequada; é assegurada durante todo o período de execução do contrato a real e efetiva correlação entre a execução do contrato e a sua remuneração, conforme preconizam, de forma uníssona, doutrinadores excelentes como os Professores HELY LOPES MEIRELLES, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO e CAIO TÁCITO./4. A manutenção da equação financeira original do contrato de concessão é mais que uma orientação doutrinária vitoriosa, com respaldo jurisprudencial; na verdade, constitui princípio erigido sob a égide constitucional desde a Carta de 1969, no art. 167, II, hoje repetido na Constituição Cidadã de 1988, no art. 37, XXI. À época da relação contratual sob exame a legislação infraconstitucional, do mesmo modo, referendava a adoção do aludido princípio, consoante depreende-se do teor do art. 55, II, d do Decreto-Lei 2.300/86 e dos arts. 57, § 1º e 2º e 58 da Lei 8.666/93./5. A garantia de estabilidade da relação jurídico-administrativa contratada entre Poder Concedente e a Concessionária é expressão clara do princípio da segurança jurídica, assegurando àqueles que assumem a execução de um serviço de interesse público a preservação das circunstâncias e



inexistência de interesse público a justificar a intervenção do Ministério Público, quando se trata de mera execução fiscal, é um equívoco, embora cancelado por significativa parcela do Judiciário. O exame das circunstâncias, da forma e da natureza da inadimplência é fundamental. Até mesmo o montante devido tem relevo. Não se diga, como muitas vezes se faz, que este elemento é apenas fático, pois pode, em algumas circunstâncias, representar elemento de desequilíbrio de contas públicas.

IX Outro aspecto de relevo no tocante à utilização da arbitragem é a competência para, em nome do órgão da Administração Direta ou da pessoa jurídica de direito público, se celebrar convenção de arbitragem. A nova lei foi cuidadosa nessa fixação. Sabido é das enormes dificuldades, por força das limitações legais, de o Poder Público celebrar acordos,

expectativas que levaram à assunção do contrato. A quebra da equação por ato omissivo ou comissivo do Poder Concedente gera, por conseguinte, o dever de recomposição do equilíbrio, não somente em nome da almejada segurança jurídica como da inegável importância da continuidade da prestação do Serviço Público, até para não gerar desconfiança na firmeza dos tratos públicos.⁶ Ainda que se possa considerar que o esfacelamento do segmento aéreo nacional possa ter advindo de má gestão ou qualquer outro fator de ordem privada das empresas do setor, não há como negar que o engessamento tarifário, em tempos de notória corrosão monetária em decorrência da inflação, provocou endividamento progressivo, sucateamento das frotas e piora expressiva dos serviços prestados, agravando, sobremaneira, a situação enfrentada. Ao retirar das empresas a faculdade de fixar e alterar tarifas de modo a manter a sua higidez financeira, forçando-as a operar em margem muitas vezes aquém da rentabilidade normal, o Poder Concedente diretamente provocou a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, gerando o dever de indenizar.⁷ Não se diga que o dano suscitado não é indenizável por decorrer de política econômica, de caráter geral, visto que a edição do DL 2.284/86, que instituiu o Plano Cruzado, não pode ser invocada como escusa para o desrespeito de garantia constitucional, sobretudo porque a relação de sujeição da empresa aérea, ora recorrente, com o Poder Público não foi estabelecida na generalidade, tal como mais um súdito da autoridade estatal, ela derivava, pelo contrário, de um claro vínculo contratual, por se tratar de relação fulcrada em concessão de serviço estatal. Referida orientação já passou pelo crivo do Supremo Tribunal Federal em precedentes históricos, em tudo semelhantes ao caso dos autos, figurados primeiro pela TRANSBRASIL, RE 1.831.180/DF, Relator Ministro OCTAVIO GALLOTTI e, mais recentemente, pela VARIG, RE 571.969/DF, Relatora Ministra CARMEM LÚCIA.⁸ In casu, em que pesem as ponderações tecidas nas instâncias ordinárias, foram elaborados dois laudos periciais que constataram a efetiva ocorrência dos prejuízos decorrentes da ruptura da equação financeira da concessão, tal como alegado pela empresa autora. Assim, estabelecida a ocorrência do dano e o seu evidente nexos causal com a ação do Poder Concedente que, ao praticar uma política tarifária divorciada da realidade, abalou de forma substancial a estrutura financeira da concessão, impõe-se o reconhecimento do dever de indenizar.⁹ Assentado que os reajustes de tarifas efetuados pelo Poder Público foram insuficientes para garantir a equação financeira levando a capacidade econômica da Concessionária à exaustão, com patente desrespeito dos princípios da confiança e da segurança jurídica, pilares que sustentam o direito do administrado, na inegável disparidade de forças verificada nas relações travadas com a Administração, de rigor o reconhecimento do direito da autora à indenização postulada.¹⁰ Rompida a confiança e concretizada a surpresa lesiva, surge o dever de indenizar, que merece ser rápida e integralmente assumido pelo Estado como verdadeira expressão de atendimento do interesse público, com a preservação da segurança jurídica e sinalização de que os contratos são honrados pela administração, servindo mesmo como incentivo à continuidade da prestação de serviços públicos de excelência, em regime de concessão.¹¹ O interesse que se tem por indisponível é o público e não o da Administração; a UNIÃO, quando se furta de suas obrigações contratuais no afã único de minimizar despesas patrimoniais, não atende ao interesse público, ao revés, enriquece às expensas do dano alheio, aviltando princípios e pilares institucionais do Estado Democrático de Direito, agindo exclusivamente no resguardo de interesse público secundário que, mesmo legítimo, não se superpõe aquel'outroprimário.¹² Recurso Especial provido para reconhecer o dever da UNIÃO de indenizar a autora, ora recorrente, pelos danos efetivamente causados em decorrência da ruptura do equilíbrio econômico do contrato de concessão, em montante a ser apurado em futura liquidação. Prejudicadas as demais questões". Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08.2015.



firmar transações. Necessário se faz, ante o princípio da legalidade, que haja expressa previsão legal, imputando à autoridade pública o poder de transacionar, acordar, sem o que faltará um requisito essencial à validade da convenção de arbitragem, que é a competência para a prática do ato³⁵. A preocupação quanto a esse aspecto decorre da necessidade de haver efetivo controle sobre o exercício dessa relevante competência. É cediço que, em vários momentos, em que no âmbito da Advocacia Pública houve facilitação, sem adequado controle, de mecanismos como as conciliações, problemas graves aconteceram. A centralização da competência, no caso, foi relevante e imprescindível para ampliar as chances de uma ética utilização do instrumento.

X Dois aspectos de extremo relevo da Lei nº 13.129 são aqueles representados pela previsão do § 3º, introduzido no art. 2º, da Lei Geral de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23.09.1996): “A arbitragem que envolva a Administração Pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.

Merecem adequada análise essas duas balizas. A primeira é a referência que a arbitragem, no caso, **será sempre de direito**. A expressão “de direito” ali constante não se contrapõe a “de fato”.

³⁵ Observe-se, por exemplo, no âmbito da Advocacia Geral da União, que essa competência é do Advogado Geral, sendo delegável por força de ato daquela autoridade: “PORTARIA Nº 990, DE 16 DE JULHO DE 2009/Delega a competência prevista no art. 1º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, ao Advogado-Geral da União Substituto, ao Secretário-Geral de Contencioso, ao Procurador-Geral da União e ao Procurador-Geral Federal, na forma que especifica e dá outras providências./O ADOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI, XIII e XVIII do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e tendo em vista o disposto no § 3º do art. 1º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, resolve:/Art. 1º Ficam delegadas ao Advogado-Geral da União Substituto e ao Secretário-Geral de Contencioso as competências previstas no caput e no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, para autorizar a celebração de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas ações ou recursos perante o Supremo Tribunal Federal./§ 1º A delegação de que trata o caput poderá ser exercida em conjunto ou isoladamente./§ 2º Ficam delegadas ao Advogado-Geral da União Substituto as competências previstas no caput e no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, para autorizar a celebração de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, relativamente às empresas públicas federais dependentes, nas ações ou recursos que não se enquadrarem na hipótese do caput./Art. 2º Ficam delegadas ao Procurador-Geral da União e ao Procurador-Geral Federal as competências de que tratam o caput e o § 1º do artigo 1º da Lei nº 9.469, de 1997, para, no âmbito de suas atribuições, autorizar a celebração de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio./§ 1º O Procurador-Geral da União e o Procurador-Geral Federal regulamentarão os procedimentos para a execução dos acordos e transações judiciais de que trata o caput./§ 2º A competência prevista no caput poderá ser subdelegada./Art. 3º O Procurador-Geral Federal regulamentará o disposto no art. 7º-A da Lei nº 9.469, de 1997, no âmbito de suas atribuições./Art. 4º Será dada ciência à Corregedoria-Geral da Advocacia da União dos acordos ou transações efetivados na forma prevista nesta Portaria./Art. 5º Fica delegada ao Advogado-Geral da União Substituto a competência prevista no art. 10 da Portaria nº 1.281, de 27 de setembro de 2007./Art. 6º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação./Art. 7º Ficam revogados o art. 2º da Instrução Normativa AGU nº 01, de 14 de fevereiro de 2008, e o art. 2º da Instrução Normativa AGU nº 3, de 25 de junho de 1997./JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI”.



Para que se compreenda corretamente o sentido dessa expressão mister se faz a leitura da citada Lei nº 9.307, no *caput* e parágrafos originais do citado art. 2º, que dispunham:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

[...]

A previsão acerca da limitação a ser “de direito” a arbitragem envolvendo a Administração Pública é prevista em contraposição à possibilidade de arbitragem por equidade, possível quando envolvendo particulares.

O princípio da legalidade, fundamental em relação à Administração Pública, é a grande baliza em relação a esse aspecto. Evidentemente que a arbitragem envolverá, nesse tipo de lide, a discussão acerca da adequada interpretação e do sentido atribuível a um determinado conjunto normativo.

O **princípio da publicidade** é outro aspecto relevante. Na relação entre particulares poderá a arbitragem conter cláusula de confidencialidade, em situações nas quais as relações jurídicas com terceiros não são afetadas. No caso da Administração Pública e suas relações contratuais, não há a possibilidade de se excepcionar o princípio da publicidade.

Poder-se-ia indagar da possibilidade de aplicação de arbitragem em relação a contratos que, por sua natureza, implicassem em necessidade de sigilo, como, por exemplo, na aquisição de aviões e equipamentos militares. Deve-se verificar que mesmo em situações como esta a publicidade, ao menos com o acompanhamento por órgãos de controle, seria possível.

Na lição de Carmona:

[...] deve ser exorcizado um último fantasma que assombra a arbitragem nas relações de que participa a Administração Pública, a saber, a privacidade das decisões. Em outros termos: considerando-se que um dos princípios que deve reger a Administração é a transparência e a publicidade dos atos administrativos, como conciliar o sigilo - vantagem reconhecida da arbitragem, que torna confidencial todo o procedimento - e a publicidade que deve reger os procedimentos da Administração. Parece-me francamente um falso dilema, já que o sigilo é uma característica que pode- apenas pode- ser estabelecida pelas partes, nada impedindo que os litigantes, por qualquer razão, abram mão da confidencialidade que geralmente cerca o procedimento arbitral. É evidente que diante dos diversos mecanismos de controle que o Estado estabelece para prestar contas aos cidadãos de



tudo quanto foi feito para garantir o interesse público (a publicidade garante o maior de todos os controles, ou seja, o controle popular), não se pode garantir sigilo absoluto na arbitragem de que participe o Estado, sem que isso implique a impossibilidade de utilizar-se o mecanismo [...] ³⁶.

A publicidade é princípio plenamente compatível com a figura da arbitragem, mormente quando esta tem o limitador de envolver questões de direito, no sentido de estar adstrita à concretização das normas jurídicas existentes, em observância ao princípio da legalidade, de fundo constitucional.

Há um argumento no sentido do acolhimento dessa regra. Tal limitação também se faz presente em se tratando de solução judicial de conflitos envolvendo a Administração Pública.

Não é possível por vontade das partes a aplicação plena de regras de disponibilidade como aquelas previstas nos §§ 1º e 2º antes transcritos. Observe-se o primeiro desses parágrafos, quando dispõe: “§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

Não será possível à Administração Pública, mesmo que com a anuência do outro hipotético litigante, afastar livremente regras jurídicas, nem de conteúdo nem procedimentais.

Já o parágrafo seguinte do dispositivo em comento possibilita às partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Essa regra deve ter aplicação bastante comedida, no tocante à Administração Pública. Não é dado ao ente público, em princípio, abrir mão de regras jurídicas expressamente existentes no ordenamento jurídico, a reger suas relações com terceiro, em prol de princípios gerais bem mais diáfanos e nem sempre aptos a amparar, a agasalhar o interesse público. Destaque-se que esse conjunto restritivo decorre do próprio *caput* do art.37 da Constituição Federal de 1988, tendo maior densidade ao encobrir os entes de direito público.

XI BREVES CONCLUSÕES:

a) A utilização do mecanismo de arbitragem em relação a relações jurídicas envolvendo os entes da Administração Pública, como uma evolução da adoção do modelo, de modo mais comedido quanto ao Estado Administrador, poderá representar um grande avanço ao aperfeiçoamento do controle da Administração Pública.

³⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 53.



b) As restrições previstas na Lei nº 13.129/2015, tais como aplicação a direitos patrimoniais disponíveis e pluralidade na composição de órgãos arbitrais, são relevantes.

c) O maior risco que se tem com o novo modelo diz respeito à isenção e à qualidade dos entes arbitrais. Afinal, a experiência tem mostrado que, mesmo em relação aos órgãos estatais de controle, muitas vezes a capacidade de sedução e de captura pelo setor privado é muito forte.

d) O progressivo aperfeiçoamento do sistema poderá representar a democratização da utilização da arbitragem, já presente em contratos internacionais do Estado e negócios jurídicos de grande valor como parcerias público-privadas e concessões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch Casa Editorial. 1970.

AMARAL, Diogo Freitas. **Curso de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1986.

BINGHAM, Tom. **The rule of law**. London: Penguin Books, 2011.

BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Lisboa, n. 388, p. 173, 1989.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**, 1969.

_____. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **A constituição portuguesa anotada**. Lisboa: Ed. Coimbra. 1991.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CRETELLA JUNIOR, José. **Fundações de direito público**. São Paulo: Forense, 1986.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

EKMEDKDJIAN, Miguel A. **Manual de la constitución argentina**. 2. ed. atual. Buenos Aires: Depalma, 1993.

EMERY, C. T.; SMYTHE, B. **Judicial review**. Londres : Sweet Maxwell, 1986.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.



FEINTUCK, Mike. **The public interest in regulation**. New York: Oxford University Press, 2004.

GELLHORN, Ernest; BOYER, Barry B. **Administrative law and process**. Minnesota: West Publishing St. Paul, 1981.

MAÇAS, Maria Fernanda. A relevância constitucional da suspensão judicial da eficácia dos actos administrativo. In: **Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional**. Lisboa: Aequitas; Editorial Noticias, 1993.

MACHETE, Rui Chancerelle de. A garantia contenciosa para obter o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido. In: MIRANDA, Jorde de (Org.). **Nos dez anos da Constituição**. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. Prestação jurisdicional dos interesses legítimos no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 176, p. 9-15, abr./jun., 1989.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, Homero. Controle da administração pública. **Revista do TCU**, Brasília, n. 75, p. 65, 1998.

SCHWARTZ, Bernard. **Administrative law**. 6. ed. Boston; Toronto: A Casebook Little Brown, 1977.

SUNKIN, Maurice; BRIDGES, Lee; MÉSZAROS, George. **Judicial review in perspective: an investigation of trends in the use and operation of the judicial review procedure in England and Wales**. London: Public Law Project, 1993.

VISCONDE DO URUGUAY. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1862.