

A NECESSIDADE DA DELIMITAÇÃO DO CONTEÚDO DAS ARBITRAGENS ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS

Patrícia Toledo de Campos Cichocki ¹
Fernando de Carvalho Cichocki ²

Resumo

A arbitragem tem sido cada vez mais utilizada como mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos devido, principalmente, à morosidade do Poder Judiciário. O instituto da arbitragem é muito estudado no Direito Privado. No entanto, a arbitragem não se limita a este âmbito. No conceito de partes, previsto na lei nº 9.307/1996, também está abrangido o Poder Público. Recentemente, no primeiro artigo da lei da arbitragem, a norma nº. 13.129/2015 inseriu um parágrafo dispendo expressamente que a administração pública direta e indireta também poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Todavia, em que pese o esforço doutrinário, a citada expressão permanece indeterminada, acarretando severos problemas para o Poder Público, dentre eles a repressão aos agentes públicos e, ainda, o não aproveitamento da celeridade do procedimento arbitral. O presente trabalho propõe uma pesquisa acerca da análise da concepção de “direitos patrimoniais disponíveis” nas arbitragens envolvendo entes públicos, a fim de: (i) delimitar quais conflitos envolvendo o Poder Público podem ser solucionados através da arbitragem; (ii) determinar o que é uma questão arbitrável no âmbito do direito público, traçando definições precisas sobre o que é direito, o que é patrimonialidade e o que é disponibilidade; e (iii) definir os contornos das questões arbitráveis no âmbito do Direito Público.

Palavras-chave: Arbitragem. Poder Público. Direitos patrimoniais indisponíveis.

¹ Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

² Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a sociedade está intimamente relacionada com o Direito, pois cabe a este equilibrar as relações interindividuais, a fim de compor a pacificação social.

No entanto, nem sempre foi atribuição do Estado solucionar conflitos individualistas entre os homens. Num estágio menos desenvolvido da sociedade humana, a atribuição de pacificar o conflito competia a quem almejasse algo de outrem e tivesse sua pretensão obstaculizada, devendo, por seus próprios meios, satisfazer seus interesses (autotutela).

O regime da autotutela, caracterizado pela ausência de juiz distinto das partes e pela imposição da decisão por uma das partes a outra, provocou grande desordem na sociedade, pois, quanto aos conflitos individuais, garantia a vitória do mais forte e, no tocante a atos criminosos, estabelecia-se uma espécie de vingança privada (Cintra, Dinamarco, Grinover, 2012, p. 27-29).

Com o passar do tempo, o Estado avocou para si não somente a capacidade de dirimir conflitos individuais, mas também a de exercer o *ius puniendi*. O Estado se fortalece e obtém o êxito de se impor aos particulares e realizar julgamentos, dirimindo desacordos; atividade que recebeu o nome de jurisdição: simplificadamente, a função do Estado dizer o Direito, resolvendo o conflito e promovendo a paz social, sempre em prol “dos seus objetivos (interesses nacionais), entre eles os aduzidos valores essenciais da segurança, da ordem, da liberdade, da justiça, da segurança e do bem-estar” (Santos, 2016, p. 168).

Muitos são os obstáculos para o acesso à justiça. Há obstáculos de natureza financeira, devido à comparação entre a renda da população e os elevados valores de honorários advocatícios, obstáculos psicológicos e culturais, referentes ao formalismo e à descrença da população no aparato jurídico, e obstáculos temporais, condizentes à lentidão do Poder Judiciário (Marinoni, 1993, p. 40; Rodrigues, 2010, p.139-145).

Nesse contexto, devido ao fato de proporcionarem outra possibilidade para que os indivíduos tenham sua pretensão solucionada e, além de evitarem os aborrecimentos oriundos da morosidade do sistema judiciário, os meios alternativos de resolução de conflitos estão sendo cada vez mais empregados.

Dentre os mecanismos alternativos, destaca-se a arbitragem.

A prática da arbitragem consiste na solução do conflito de maneira obrigatória e vinculativa para as partes, por um terceiro, escolhido pelos litigantes, denominado árbitro (Santos, 2006, p. 254). Assim como o julgamento exercido pelo Poder Judiciário, a arbitragem também é um método heterocompositivo de resolução de conflitos, eis que a apreciação e a decisão da demanda competirão a um terceiro. Porém, diferentemente do que ocorre no Judiciário, na arbitragem, o terceiro é designado pelos próprios conflitantes.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Adota-se a definição de arbitragem de Ricardo Soares Stersi dos Santos, pela qual

“a) a resolução do conflito é efetuada por um terceiro, designado como árbitro ou por um órgão colegiado de julgadores, designado Tribunal Arbitral; b) o árbitro é escolhido pelas partes; c) a sentença arbitral vincula as partes e é passível de execução junto ao Poder Judiciário; d) a escolha válida da arbitragem implica a exclusão do Poder Judiciário na apreciação do mérito do conflito” (2004, p. 24).

Entende-se administração pública, em sentido objetivo, como “a própria gestão dos interesses públicos executada pelo Estado”, e em sentido subjetivo, como “o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas”, de acordo com as lições de José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 11-12).

O vocábulo patrimônio, no direito administrativo, será empregado em sentido bastante amplo designado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “abrangendo o patrimônio econômico, o moral, o cultural, o histórico, o paisagístico, o artístico, o arqueológico, dentre outros” (2017, p. 1).

Elege-se o conceito de Luciane Moessa de Souza para definir direitos disponíveis, a saber, “aqueles de cunho eminentemente patrimonial, correspondendo ao chamado “interesse público secundário” da Administração Pública” (2012, p. 183).

Por fim, a indisponibilidade do interesse público pode ser compreendida, pelos ensinamentos de Diógenes Gasparini, como o princípio pelo qual, em razão de bens, direitos, interesses e serviços públicos fazerem parte do aparato de atuação da Administração, não são de livre disposição dos entes estatais, ficando a cargo dos administradores apenas a guarda e o aprimoramento para a finalidade a que estão vinculados (2010, p. 72).

3 MÉTODO

O tema em comento será analisado indutivamente, a partir do estudo de livros de variados autores e artigos de revistas especializadas, em especial, Boletins de Direito Administrativo e Boletins de Direito Municipal da editora Nova Dimensão Jurídica, artigos da revista IOB de Direito Administrativo, da Revista de Direito Administrativo e Constitucional e da Revista Fórum Administrativo - Direito Público, bem como de casos concretos julgados pelos tribunais superiores.

4 DISCUSSÃO

Embora há tempos a administração pública se utilize do instituto da arbitragem, a previsão legal autorizando expressamente que o Poder Público faça uso da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis foi prevista apenas com a edição da lei nº. 13.129/2015, que inseriu a permissão no parágrafo do primeiro artigo da lei nº. 9.307/1996.

Da leitura da lei compreende-se que a arbitragem não deve versar sobre temas não patrimoniais e sobre questões pertinentes ao patrimônio indisponível. No entanto, a dificuldade dessa restrição se manifesta naturalmente nas controvérsias interpretativas acerca do conceito de “patrimônio” e de “disponibilidade”.

Por patrimônio compreende-se o conjunto de relações jurídicas de importância econômica que tem por finalidade indicar a reunião de riquezas de uma pessoa física ou jurídica. Podem-se registrar duas espécies de patrimônio: o patrimônio bruto, que compreende todos os bens e relações jurídicas de crédito, e o patrimônio líquido que abrange o resultado concernente à riqueza total menos débitos. Quando se faz referência às relações jurídicas patrimoniais, está se abordando situações que envolvam valores e, em última instância, casos associados a lides de natureza econômica *lato sensu*. As relações jurídicas patrimoniais não são restritas à alçada das atividades econômicas em sentido estrito. Elas ocorrem nesse setor, assim como no âmbito das relações domésticas (i.e. familiares), no campo de relações trabalhistas e também no âmbito da prestação de serviços públicos ou atividades administrativas restritivas, como a de restrição à propriedade e o poder de polícia (Marrara; Pinto, 2013, p. 230).

No entanto, nem todas as relações patrimoniais são disponíveis.

A doutrina define como disponível um direito quando este “pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência” (Carmona, 2009, p. 31 e ss).

Por outro lado, a questão da disponibilidade pode ser desdobrada em diversos terrenos: disponibilidade de atividades, disponibilidade de relações pessoais e disponibilidade de bens. No tocante aos bens, existem os bens passíveis ou não de comercialidade privada. Os bens inalienáveis se dividem em três esferas: i) os naturalmente indisponíveis (i.e., o ar, o mar); ii) os legalmente indisponíveis (i.e., bens públicos de uso comum e especial); e iii) os inalienáveis pela vontade humana (i. e., devido a certas doações ou sucessões). Não se enquadrando o bem em nenhuma dessas esferas, é facultado ao proprietário exercer a sua disponibilidade (Pereira, 2008, p. 450-452).

Não obstante as definições elaboradas pela doutrina contribuam para a interpretação sobre o termo disponibilidade da lei de arbitragem, o enigma permanece manifesto em razão das complexidades de se alicerçar com total precisão a esfera da disponibilidade de direitos e interesses referentes a bens, pessoas e atividades. Torna-se ainda mais obscuro esse impasse quando abrange o Estado e suas mais multifacetadas relações jurídicas (Marrara; Pinto, 2013, p. 231).

Há que se ponderar que a Administração é regida pelo regime jurídico de Direito Público, que contempla um conjunto de princípios e normas norteadores da atividade exercida pelos agentes estatais encarregados de zelar pelo interesse coletivo. É uma atividade dotada de prerrogativas e restrições que, ao mesmo tempo em que eleva a posição do Estado de supremacia ante o particular, sempre no interesse da coletividade, limita sua atividade a determinados princípios e finalidades (Di Pietro, 2010, p. 62).

Muito se discutiu a respeito da impossibilidade de aplicação da arbitragem envolvendo entes públicos por um apego excessivo ao princípio da indisponibilidade do interesse público, pelo qual os interesses próprios da coletividade – inerentes ao setor público – não estavam à livre disposição, não tendo disponibilidade sobre eles o órgão administrativo (Mello, 2015, p. 76). Era inaceitável admitir a existência de direitos patrimoniais disponíveis com relação ao patrimônio público e a tendência era a de afirmar a inexistência de direitos patrimoniais públicos que fossem disponíveis.

O posicionamento doutrinário e jurisprudencial se direcionou no sentido de que, em que pese o interesse público seja sempre indisponível pela administração pública, por ser de titularidade da coletividade e não do poder público, por vezes, a disponibilidade de um patrimônio público pode ser de mais interesse da coletividade do que a sua preservação. É claro que a administração não poderá dele livremente dispor, até porque a titularidade não lhe pertence, estando correta a afirmação de que o interesse público é indisponível, o que não quer dizer que todos os direitos patrimoniais, no âmbito do Direito Público, sejam indisponíveis (Di Pietro, 2015).

O pluralismo de interesses tutelados pela sociedade (fatores exógenos) e a mitigação da dicotomia público-privado, verificada nas esferas nacional e internacional, determina uma reestruturação da tradicional noção de interesse público, impondo o reconhecimento da perda de sua natureza autônoma e indivisível (Marques Neto, 2002, p. 151). Desse modo, o “interesse público e os interesses dos cidadãos, que antes eram vistos como potencialmente antagônicos, passam a ser vistos como, em princípio, reciprocamente identificáveis” (Aragão, 2007, p. 3) e, por isso, passível de disponibilidade.

Atualmente, essa controvérsia foi resolvida com a autorização legislativa expressa da possibilidade de o ente público promover a solução de suas lides através da arbitragem. Todavia, resquícios desse embate ainda são vistos na prática jurídica.

Indagações no sentido de se estabelecer o que é uma questão arbitrável no âmbito do Direito Público, o que se entende por Direito, o que se entende por patrimonialidade e o que se entende por disponibilidade são imperiosas.

O vocábulo “patrimônio” no Direito Administrativo é extremamente amplo, abrangendo o patrimônio econômico, o moral, o cultural, o histórico, o paisagístico, o artístico, o arqueológico. Dentro desse amplo universo é possível afirmar que todas as “espécies” de patrimônio poderão ser objeto de arbitragem? Quais delas seriam disponíveis e quais seriam consideradas indisponíveis? O que de fato é relevante para fins da interpretação “direitos patrimoniais disponíveis”, tendo em vista que somente conteúdos abrangidos por essa expressão poderão ser objeto de arbitragens envolvendo o Poder Público.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a edição do dispositivo legal tenha posto fim a uma série de questionamentos, como a própria aplicabilidade da arbitragem à administração pública, a utilização, pelo legislador, da expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, trouxe uma grave preocupação à comunidade jurídica: a dificuldade de delimitar o que são direitos patrimoniais disponíveis.

Em razão da impossibilidade de o legislador prever todas as peculiaridades que possam surgir do relacionamento interpessoal e listar taxativamente as hipóteses abarcadas pela lei, utilizam-se dos conceitos jurídicos indeterminados.

Todavia, a aplicação prática dos conceitos jurídicos indeterminados requer uma reflexão profunda e o estabelecimento de critérios para sua definição, de modo a não deixar a discricionariedade para administração pública decidir, em cada caso concreto, o que são direitos patrimoniais disponíveis.

A arbitragem se mostra como uma solução totalmente eficaz ante o abarrotamento do Poder Judiciário e a celeridade na resolução dos conflitos. A possibilidade de uma solução do conflito que seja ao mesmo tempo ágil e competente fez a arbitragem ser vista com bons olhos pela comunidade jurídica.

Após a análise de cada caso concreto, a jurisprudência tem solucionado a celeuma pontualmente e estabelecido alguns parâmetros de incidência como, por exemplo, a aceitação da arbitragem nos contratos de Direito Privado e nas empresas estatais que exercem atividade

econômica. No entanto, a dificuldade se mostra em razão da tênue linha que divide o patrimônio público disponível do indisponível, sendo esse o principal desafio do estudo proposto.

A ausência de critérios para aferir a disponibilidade ou não do patrimônio público para fins de utilização de arbitragem pode levar a duas consequências que deturpam a finalidade do instituto: (i) fazer que a administração pública, na dúvida, deixe de se beneficiar das vantagens da arbitragem e (ii) fazer que o poder público utilize a arbitragem sobre direitos patrimoniais indisponíveis, incidindo em fatal ilegalidade.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. A supremacia do interesse público no advento do Estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 27. out. 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. **Jornal Conjur**. [on line]. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>. Acesso em 14.09.2017.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 40.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e interesses públicos. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 151.

MARRARA, Thiago; PINTO, João Otávio Torelli. Arbitragem e Administração Pública – considerações sobre propostas de alteração de legislação. **Revista de Direito Público da Economia**. ano. 1, n. 1, jan./mar. 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOESSA, Luciane. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo o Poder Público: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1 – Introdução ao Direito civil. Teoria geral de direito civil.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 139-145.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi. Os meios consensuais para administração de conflitos nas relações internacionais. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**. v. 2. n. 2. Jul/Dez. 2016. Curitiba.p.168.Disponível em:
<http://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/1576>. Acesso em 12.09.2017.

_____. Noções gerais da arbitragem. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.