ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Nosso País ainda não tem a cultura da arbitragem. Para os que estão afeitos ao instituto, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, veio com grande atraso, mas para uma grande maioria ou ela pouco representa ou veio apenas acrescentar novas perplexidades, como a da *juridicidade* da submissão de conflitos de interesses envolvendo entidades públicas a uma composição extrajudicial pelo juízo arbitral.

Essa dúvida tem, todavia, uma raiz cultural, pois o *positivismo jurídico,* enfatizando a sobrevalorização das fórmulas escritas, aliado ao *estatismo,* que magnifica o papel do Estado, e ainda a uma kafkiana *processualística,* entre outros equívocos, têm sido responsáveis pela elementar confusão reinante entre *monopólio da jurisdição e monopólio da justiça.*

Assim é que as antigas e insuficientes disposições sobre o juízo arbitral dos arts. 1.031 a 1.046 do Código de Processo Civil de 1939 foram mantidas em suas linhas gerais nos arts. 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil de 1973, sem haver rompido a visão estatista e autoritária da jurisdição, tão tersamente expressada, como voz da época, por FRANCISCO CAMPOS, na Exposição de Motivos ao Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, ao proclamar que "a Justiça é o Estado e o Estado é a Justiça" [1].

Foi necessário, portanto, mais de meio século de evolução juspolítica para que se viesse a lograr a superação da adoração hegeliana do Estado, dos preconceitos ideológicos das extremas esquerda e direita e da crença, um tanto ingênua, no valor absoluto das formas, e se restabelecesse o respeito à *liberdade de buscar a justiça* como exercício do *consenso,* o que recentemente ocorreu com a promulgação da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que veio dar nova configuração legal à arbitragem.

Efetivamente, numa sociedade contemporânea, que exalta os valores liberais e democráticos, a *jurisdição* é e deve continuar a ser um monopólio indisputável do

1 "À concepção do processo como instrumento de *luta* entre particulares, haveria de substituir-se a concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e de *distribuição da justiça* (FRANCISCO CAMPOS, Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil de 1939) (n/grifos).

Estado, uma vez que é absolutamente necessário que exista esse terceiro, parte neutra e dotada do atributo da coercitividade, para dar a última palavra em todas as controvérsias litigiosas[2]; ocorre apenas que essa prerrogativa não envolve, não elimina nem prejudica a busca da *justiça,* enquanto anseio e atividade humana que não é monopólio de ninguém, nem mesmo de organizações políticas.

Assim como o Estado contemporâneo vai perdendo o monopólio da *produção normativa,* para quedar-se com o da política legislativa, tendência que se manifesta com o desenvolvimento da *regulática;* assim como, também, já não mais detém ele o monopólio da *execução administrativa,* para reservar-se a junção, esta sim essencial, de seu controle, com a expansão das *parcerias;* tampouco pode ele irrogar-se o monopólio da *distribuição da justiça,* em sociedades que valorizam cada vez mais o *consenso* como instrumento privilegiado da convivência social.

Ocorre, portanto, em todas as atividades de expressão social, uma *revalorização da consensualidade,* como uma frutífera alternativa neste final de século ao exercício absoluto e universal da coação estatal. As novas soluções consensuais que vão surgindo na crista dessa nova onda de socialização têm apresentado inúmeras vantagens sobre os tradicionais provimentos exclusivamente imperativos. Com efeito, elas:

1. contribuem para aprimorar a governabilidade dos Estados contemporâneos, aliviando a pletora de tarefas que lhe são impostas, representando uma vantagem no campo da *eficiência;*

2. propiciam novos mecanismos de prevenção e de controle contra o abuso do poder estatal, o que vem a ser uma conquista no campo da sustentação da *legalidade;*

3. garantem mais ampla e detida atenção a todos os interesses envolvidos, o que assegura um avanço no campo da *justiça;*

4. possibilitam decisões mais aceitáveis e facilmente obedecidas, o que se apresenta como um aperfeiçoamento no campo da *legitimidade;* e

5. estimulam a participação responsável dos indivíduos, o que se pode considerar como um desejável progresso no campo do *civismo.*

Assim é que a realização da justiça pela via consensual, tal como regulada e estimulada pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, abre novos caminhos à sociedade civil brasileira, que, ressentindo um grande atraso em relação à comunidade das nações mais desenvolvidas, não encontrava outra alternativa *juridicamente garantida,* que a submissão de todos os seus conflitos de interesses ao aparelho judicial do Estado, por isso cada vez mais demandado e assoberbado de trabalho e, também por esse motivo, comprometido nas suas mais elementares e necessárias condições de produzir decisões céleres e oportunas.

CLÁUDIO VIANNA DE LIMA, que pode ser considerado, por seu trabalho em prol da via parajurisdicional, com toda justiça, um *chef-de-file,* no Brasil, do que MAURO CAPPELLETTI denominou de *terceira onda* do movimento universal de

2 Constituição Federal, art. 5º, XXXV.

acesso à justiça[3], fato que ainda mais exorna seu currículo, já extraordinariamente destacado com a criação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, antigo sonho tornado realidade graças à sua dedicação, na coleção de escritos que denominou incisivamente de *Arbitragem — A Solução*[4], levanta as seguintes excelências e vantagens da arbitragem:

1. possibilita a intervenção de especialistas na matéria em litígio[5];

2. desafoga o Judiciário, resguardando-o para atuar nos litígios que lhe são próprios[6];

3. tende ao ideal da pronta justiça do caso[7]; e

4. promove uma justiça coexistencial, pois leva à obtenção de um consenso, antes do que uma condenação[8].

Em termos gerais, portanto, o novo tratamento legislativo da arbitragem deve ser saudado como um saudável avanço institucional em nosso País. Ocorre, porém, que essa alternativa "tem os limites próprios de seu fundamento consensual: só pode ser adotada em se tratando de conflitos de interesses envolvendo *direitos patrimoniais disponíveis* (na fórmula feliz do art. 1º da Lei nº 9.307)"[9].

São esses limites que devem ser considerados para bem situar-se a arbitragem no campo do Direito Administrativo, ramo regido pelo *princípio da indisponibilidade do interesse público.*

Desde logo, genericamente, os *interesses* são projeções das *necessidades,* que todas as pessoas e todas as sociedades humanas procuram satisfazer através de bens e serviços a seu alcance. São, assim, as próprias pessoas, individualmente ou organizadas, que se encarregam de prover à maior parte de seus respectivos interesses, desenvolvendo-se, com isso, o *mercado.*

E no mercado que são pactuados livremente os acessos, recíprocos ou não, a esses bens e serviços, prevalecendo, nas negociações que para isso são feitas, o princípio da *autonomia da vontade,* como força jurídica vinculante, e o princípio da *disponibilidade,* entendido em seus sentidos subjetivo e objetivo.

A disponibilidade subjetiva diz respeito à capacidade jurídica da pessoa de estatuir sobre seus bens e serviços, enquanto que o conceito de disponibilidade objetivamente considerado refere-se à própria negociabilidade, ou seja, de estarem eles juridicamente livres para o mercado.

3 Expressão utilizada pelo ilustre jurista MAURO CAPPELLETTI no *Relatório de Abertura do Simpósio Jurídico W.G. HART, sobre Justiça Civil e suas alternativas,* realizado em Londres, no *Institute of Legal Advanced Studies,* em 7 a 9 de julho de 1992, com tradução de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, publicada no volume 326, abril/maio/junho de 1994, da *Revista Forense.*

4 CLÁUDIO VIANNA DE LIMA co-edição Forense-EMERJ, Rio de Janeiro, 1994.

5 *Op. cit.,* p.2.

6 *Op. cit.,* p. 6.

7 *Op. cit.,* p.14.

8 *Op cit.,* p. 21.

9 CLÁUDIO VIANNA DE LIMA, *A Lei de Arbitragem e o Art. 23, XV, da Lei de Concessões,* artigo inédito atenciosamente cedido pelo Autor para a elaboração deste trabalho.

Assim, no mercado, tudo, em regra, é *disponível,* como corolário inafastável do *princípio constitucional fundamental* que entroniza os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa[10], que se complementa pelo reconhecimento da liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão[11] e, conseqüentemente, a de apropriar-se dos bens direta ou indiretamente deles resultantes[12].

Certos interesses, porém, são considerados de tal forma relevantes para a segurança e para o bem-estar da sociedade que o ordenamento jurídico os destaca, os define e comete ao Estado satisfazê-los sob regime próprio: são os *interesses públicos.*

Destarte, ao definir esses interesses públicos a lei os coloca fora do mercado, submetendo-os, distintamente dos demais, ao princípio da *supremacia,* como força jurídica vinculante, e ao princípio da *indisponibilidade*, em regra, absoluta e, por vezes, relativa.

A indisponibilidade absoluta é a regra, pois os interesses públicos, referidos à sociedade como um todo, não podem ser negociados senão pelas vias políticas de estrita previsão constitucional. A indisponibilidade relativa é a exceção, recaindo sobre interesses públicos *derivados,* referidos às pessoas jurídicas que os administram e que, por esse motivo, necessitam de autorização constitucional genérica[13] e, por vezes, de autorização legal[14].

É que, mesmo para executar as tarefas que lhe são próprias sob o regime exclusivamente público, o Estado não prescinde do acesso aos mais diversos bens e serviços produzidos pelo mercado, o que o obriga a *atuar também sob o regime privado* para obtê-los sem recorrer à imperatividade, expediente que nem sempre é jurídica ou politicamente possível.

Em outros termos e mais sinteticamente: está-se diante de duas categorias de interesses públicos, os *primários e os secundários (ou derivados),* sendo que os primeiros são *indisponíveis* e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações *patrimoniais* e, por isso, *tornaram-se disponíveis* na forma da lei, não importando sob que regime[15].

Essa distinção entre as atividades administrativas, com o propósito de definir quais as que se situam ou podem se situar no campo do direito privado, ou seja, naquele em que prevalecem a autonomia da vontade e a disponibilidade, tem sido buscada de longa data no Direito Administrativo. Na esteira da então chamada doutrina do fisco construiu-se a separação entre *atos de império* (ou de autoridade) e *atos de gestão,* que prevaleceu durante todo o século XIX e, por sua importância,

10 Art. 1º, IV, C.F.

11 Art. 5º, XIII, C.F.

12 Art. 5º XXII, C.F.

13 Arts. 18, 37, *caput,* 84, II, C.F.

14 Como, exemplificativamente, nas hipóteses do art. 49, I, XVI e XVII, CF.

15 Na hipótese, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, veio a instituir uma forma legal de disposição consensual.

encontrou em H. BERTHÉLEMY[16] o sistematizador que com ela influenciou durante muito tempo a jurisprudência administrativa francesa[17].

Depois de um breve período em que a distinção foi buscada no conceito de *serviço público,* a partir dos celebrados *arrêts* BLANCO, em 1873, TERRIER, em 1903, e FEUTRY, em 1908, desenvolveu-se a teoria, acima perfilhada, da *finalidade pública,* que sustenta que o critério diferencial que pode identificar a atividade administrativa submetida ao direito privado, não podendo ser mais apenas o do interesse público, já que este elemento se encontra em qualquer tipo de atividade, seja da Administração, ela própria, ou de seus delegados, há de ser encontrado na *forma com que são realizados os fins constitutivos da Administração*[18].

E é AMORTH que propõe não apenas uma dúplice, como a que se expôs, mas uma tríplice distinção, acrescentando à atividade dirigida diretamente aos fins primários do Estado e à atividade instrumental com respeito a ela uma outra categoria de atividades acessórias para a consecução dos fins administrativos[19]. Não obstante, a terceira categoria não passa de uma subespécie da segunda, pois nela releva, em última análise, o seu fim instrumental.

É bem verdade que já despontou uma nova teoria distintiva, que se volta aos *meios* empregados na ação administrativa, contando com nomes de prestígio, mas sua adoção, por certo, suscitaria o dilema de determinar-se, afinal, qual a causa e qual o efeito: se a gestão pública ou privada é resultado do meio empregado ou se o instrumento é que resulta da prévia definição do tipo de gestão aplicável.

Por esse motivo, a *teoria dos fins,* distinguindo simplesmente os primários dos secundários, parece ainda a mais indicada para definir a existência ou não da *disponibilidade administrativa* de interesses e de seus correlatos direitos seja por parte do Estado ou de seus delegados[20].

São *disponíveis,* nesta linha, todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão *patrimonial,* ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.

A admissibilidade da arbitragem pelo Estado, como técnica social para dirimir disputas de interesses com particulares, fica, pois, necessariamente ligada ao conceito que se tenha da natureza jurídica desse instituto: ou como uma *alternativa jurisdicional* ou como uma *obrigação contratual.*

Na doutrina brasileira PONTES DE MIRANDA já sustentou a tese da jurisdi-

16 H. BERTHÉLEMY, *Traité de Droit Administratif;* Paris, 13ª edição, 1933.

17 V. em A. de LAUBADÈRE, *Traité Elémentaire de Droit Administratif;* Paris, 1953, pp. 39 e ss., a evolução da doutrina francesa com sua repercussão na jurisprudência.

18 V., a respeito, FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo,* Vol. I, Parte Geral, Ed. Tecnos, Madri, 12ª edição, p. 126.

19 AMORTH, *Osservazioni sui limiti all 'attività amministrativa di Diritto Privado,* Pádua, 1933, pp. 33 e 34.

20 *V.* CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo,* 4ª ed., 1964, pp. 51 a 53.

cionalidade da arbitragem, considerando-a como uma alternativa nova que importaria na renúncia à processualidade estatal[21]. Lembra, todavia, JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, que esta doutrina, que remonta a LAINÉ, no começo do século, foi abandonada[22], prevalecendo hoje a *tese contratual,* embora se esboce uma tendência a aceitar um certo grau de hibridismo *institucional,* sem, contudo, chegar a admitir-se que a arbitragem possa ser uma subespécie jurisdicional.

Esta veio a ser a tese vitoriosa no Supremo Tribunal Federal no momentoso caso da Organização Lage, em que a decisão do juízo arbitral instituído para dirimir litigío entre a União e herdeiros de Henrique Lage, acabou sendo objeto de admirável apreciação naquela Corte[23].

Em primeiro grau, a pretensão dos herdeiros em sustentar a juridicidade da arbitragem havia sido acolhida e, em grau recursal, perante o antigo Tribunal Federal de Recursos, foi integralmente mantida, tendo o seu Relator, o Ministro GODOY ILHA, examinado em profundidade a questão doutrinária e sintetizado em sua Ementa as duas principais conclusões de fundo:

"*Juízo Arbitral* — Na tradição de nosso direito, o instituto do Juízo Arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que, como pessoa "sui juris", pode prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insusceptíveis de transação.

Natureza consensual do pacto de compromisso — O pacto de compromisso, sendo de natureza puramente consensual, não constitui foro privilegiado, nem tribunal de exceção, ainda que regulado por lei específica."

Na precisa observação de seu comentarista, JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, dois são os tópicos da Ementa que "fixam admiravelmente os contornos da arbitragem" ao reconhecerem:

1º o seu caráter consensual, e

2º a capacidade de o Estado brasileiro comprometer-se, "salvo nas relações em que age como Poder Público, insusceptíveis de transação"[24].

Não tendo sido admitido recurso extraordinário contra esse Acórdão, tampouco prosperou o agravo de instrumento interposto pela União, registrando-se outra memorável decisão sobre o Estado e o instituto da arbitragem, desta feita, do Supremo Tribunal Federal, com duas singularidades dignas de registro histórico: haver atuado como Relator o ilustre administrativista BILAC PINTO e haver dado Parecer sobre o tema, constante do processo, o também ilustre administrativista CASTRO NUNES.

Esse Acórdão, que merece ser lido na íntegra por quantos pretendam aprofundar-se sobre a questão da arbitragem no Brasil, põe em evidência dois pontos importantes sobre o tema:

21 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado, V. 26/32, p.3.121, apud* JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES e LUIZ OLAVO BAPTISTA, *Arbitragem Comercial,* Artigo *in Do Estado na Arbitragem Privada,* Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1986, p.70.

22 *Op. cit.*, p. 72.

23 Agravo de Instrumento nº 52.181-GB, in RTJ, Vol.68, p. 382.

24 *Op. cit.*, p. 78.

1º a *tradição doutrinária* brasileira, assentada desde o império, em aceitar a arbitragem nas causas da Fazenda[25], e

2º a impossibilidade de interdição do juízo arbitral nessas causas, pois isso importaria numa *restrição à autonomia contratual do* Estado[26].

Convém partir da distinção entre as órbitas externa e interna de solução de conflitos envolvendo o Estado.

Na *órbita externa,* rege a matéria o *princípio fundamental* estabelecido no art. 4º, VII, da Constituição Federal, que aponta o emprego das vias pacíficas — *portanto consensuais* — para dirimir controvérsias em que seja parte a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais. Nessas hipóteses, portanto, o Estado não está apenas autorizado mas constitucionalmente obrigado a esgotar as soluções de consenso, compreendida a arbitragem, podendo atingir até mesmo interesses indisponíveis, sem qualquer outro limite que a observância da proporcionalidade entre valores preservados e valores sacrificados.

Por outro lado, nada impede, tampouco, que o Estado brasileiro se submeta à jurisdição estrangeira, ainda porque haverá casos em que esta solução poderá ser a escolha mais conveniente quando não a única possível, em termos de efetividade da decisão. Dessas considerações extremamente práticas decorrem novos princípios emergentes do Direito Internacional Público, como o da *submissão,* que exclui os conflitos de interesses irrelevantes, e o da *viabilidade,* que considera com realismo o alcance real da impositividade da justiça brasileira, caso por caso, ambos trazendo novos temperamentos ao velho, polêmico mas sempre cambiante conceito de *soberania*[27].

Essas considerações se aplicam *a fortiori* na hipótese de arbitramento, pois se o Estado tem direito de demandar perante a jurisdição de outro país, com muito maior razão tê-lo-á para renunciar a esse direito de ação e pactuar compromissos.

Neste sentido, desde há muito tem-se a Lei nº 1.518, de 24 de dezembro de 1951, e o Decreto-lei nº 1.312, de 15 de dezembro de 1974, que autorizam o Tesouro Nacional a firmar contratos internacionais com cláusula arbitral.

Ora, se isso se permite expressamente na órbita externa, nada obsta que internamente, inexistindo disputa sobre *interesses indisponíveis,* nem sendo hipótese de *competência absoluta* (art. 89 do Código de Processo Civil e art. 7º da Lei de Falências, Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945), seja pactuada a arbitragem para dirimir conflitos patrimoniais que envolvam direitos do Estado e das demais pessoas administrativas.

Com efeito, na *órbita interna,* as previsões genéricas de contratos com o Poder Público se encontram em dois dispositivos constitucionais: no art. 37, XXI, que trata

25 No referido Parecer da lavra de CASTRO NUNES, esposado por BILAC PINTO, aludem-se aos pronunciamentos, dentre outros, de LAFAYETTE, VISCONDE DE OURO PRETO e COSTA E SILVA, reconhecendo a extensão do instituto da arbitragem, então disciplinado pelo Decreto nº 3.900, de 27 de julho de 1867, às causas da Fazenda Nacional (Acórdão no Agravo de Instrumento nº 52.181-GB, *Revista Trimestral de Jurisprudência,* Vol. 68, abril de 1974, p. 391).

26 Parecer citado na nota anterior, na mesma página.

27 Princípios lembrados por CLÁUDIO VIANNA DE LIMA no artigo referido na Nota 9, *supra.*

de *contratos de obras, serviços, compras e alienações,* e no art. 175, que rege os *contratos de concessão e de permissão de serviços públicos.*

Ambos os tipos de contratação, bem como *todas as demais modalidades contratuais, nominadas ou inominadas,* em que intervenha a administração pública ou indireta, "incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle", devem, todavia, obedecer a *normas gerais* de competência da União, segundo o comando do art. 22, XXVII, da Constituição.

Essas normas gerais estão hoje consubstanciadas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece uma diferença entre *contratos administrativos* (*verbis*), referidos no seu art. 54, e *contratos da administração,* previstos no art. 62, § 3º, para acentuar nos primeiros a predominância das normas de direito público, embora a ambos se apliquem *os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.*

Ora, se trata de *contrato administrativo,* que é aquele em que se distingue uma *finalidade pública a ser diretamente* atendida, a aplicação do direito privado é *supletiva,* mas se cogita dos demais tipos de *contrato da administração,* nos quais o interesse público é atendido *indiretamente* pelo contrato, como no caso das modalidades de seguro, de financiamento, de locação e de outros mais, é a própria Lei que reconhece a *predominância do direito privado.*

Toda a questão do cabimento da arbitragem na órbita interna se reduz, assim, à definição do campo contratual em que a Administração negocia e estatui como qualquer particular, excluídas, portanto, quaisquer cláusulas em que seja prevista a satisfação de um interesse finalístico da sociedade, cometido ao Estado, este sim, indisponível.

Mas se qualquer dúvida pudesse ainda pairar sobre este asserto, o advento da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispondo especificamente sobre os *contratos de concessão e de permissão de serviços públicos, que são irretrucavelmente contratos administrativos* típicos, *e que, por este motivo, destinam-se a satisfazer diretamente interesses públicos indisponíveis, extingue a controvérsia.* Com efeito, entre as *cláusulas essenciais* dessas modalidades contratuais, com alta densidade de interesse público, ficou prevista a que deve dispor especificamente *sobre o foro e sobre o modo amigável de solução das divergências contratuais*[28].

Ora, como só há três modos de solucionar amigavelmente controvérsias contratuais: pela *mediação, pela conciliação* e pela *arbitragem,* não resta a menor dúvida de que o legislador brasileiro a previu *expressamente,* embora sem explicitar, como *uma das modalidades que devem ser necessariamente adotadas. Com efeito, o dispositivo legal só elenca cláusulas essenciais, não facultativas, de sorte que a eleição de foro e a previsão de algum dos modos amigáveis de solução de divergências contratuais não podem ser omitidas nos contratos de concessão e de permissão de serviços públicos.*

Frise-se, a respeito, que os três modos consensuais de solução de controvérsias

28 Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, art. 23, XV.

não se excluem, senão que, ao contrário, podem ser adotados seqüencialmente. O importante é ter-se patenteado um *reconhecimento inequívoco da Lei,* este sim, bem definido, de que há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem não é apenas *aceitável,* porém, mais que isso, é *recomendável* como alternativa ao litígio judicial. E neste ponto reside a inovação oportuna e modernizadora introduzida pelo legislador brasileiro.

Registre-se, não obstante, que o Estado do Rio de Janeiro já havia sido pioneiro no País, ao promulgar a Lei nº 1.481, de 21 de junho de 1989, que caminha, portanto, para um decênio, ao dispor sobre o regime de concessões de serviços e de obras públicas, em texto em que muitos aspectos é tecnicamente superior ao federal, para o qual tive oportunidade de prestar modesta colaboração, trabalhando na comissão redatora de seu anteprojeto. Esse Diploma desbravador *já continha previsão expressa de juízo arbitral*[29] e permanece em vigor em tudo o que não colida com a Lei Federal superveniente, *pelo que se conclui que a arbitragem é legalmente reconhecida como instrumento de solução consensual de controvérsias naquele Estado.*

Na mesma linha, também o Estado de São Paulo previu a adoção contratual de *modo amigável para solução de controvérsias* no art. 8º, XXI, de sua Lei de Concessões, nº 7.835, de 8 de maio de 1982.

Vale lembrar, a guisa de exemplo concreto, que no âmbito federal já se vem observando o que foi determinado no art. 23, XV, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, como se pode constatar no contrato firmado em 31 de outubro de 1995, entre o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem-DNER, como Poder Concedente, e a Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora — Rio, em que se encontra *cláusula de arbitragem,* pela qual as partes elegem a modalidade como o processo amigável de que se valerão para a solução de divergências contratuais[30].

Consigne-se, finalmente, que a *competência* para negociar e contratar a respeito de interesses patrimoniais disponíveis de administração pública implica na correlata competência para pactuar preventivamente a solução de controvérsias por meio de arbitramento. Tal é a norma do art. 1º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, daí decorrendo que a competência para a escolha das *regras de direito* (art. 2º, § 1º), bem como para escolha dos *árbitros* (art. 13, § 2º) segue-se como corolário.

Atente-se, porém, que há várias formas de *escolha de árbitros.* As partes poderão optar entre nomeá-los, desde logo, um ou mais, sempre em número ímpar, bem como os respectivos suplentes, sendo que no caso de serem escolhidos em número par, os árbitros estarão autorizados a nomear mais um e, não havendo acordo entre eles, poderão pedir ao órgão competente do Poder Judiciário que o faça. Mas as partes poderão optar por estabelecer um processo de escolha de árbitros ou, ainda, adotar as regras de uma entidade arbitral institucionalizada.

Todas essas alternativas foram abertas pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de

29 Lei Estadual citada, nº 1.481, de 21 de junho de 1989, art. 5º, § 2º.

30 A cláusula está inserida na Seção XXXIV, do Capítulo III, referindo-se a "Tribunal Arbitral", necessitando, portanto, ser atualizada e adaptada à Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, especificamente no que se refere à arbitragem.

1996, Diploma que, não obstante demande aperfeiçoamento em alguns aspectos, merece encômios pelo efeito pedagógico que pode desempenhar na sociedade brasileira, ainda arraigada à dependência paternalista das decisões do Estado, pela contribuição que traz ao problema da sobrecarga do Judiciário e por facilitar a inserção da vida econômica do País no contexto global.

Assim é que a questão enfrentada, da *juridicidade da arbitragem* em contratos celebrados pela Administração, se resolve pela *afirmativa*, não somente em razão dos argumentos doutrinários aduzidos e do precedente jurisprudencial da Suprema Corte como, em coroamento, da sua expressa admissão legal.