

# **INICIAÇÃO CIENTÍFICA**

**FAZENDA PÚBLICA: MEIOS ALTERNATIVOS  
DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

---



---

## Marco Antonio Hatem Beneton\*

---

### 1 Introdução

A solução dos conflitos intersubjetivos de interesses surgidos no seio da sociedade resume uma das razões de existência do próprio Estado: velar pela paz e bem-estar sociais, promovendo meios de composição ordenada e pacífica das pendências de ordem familiar, econômica e social. Mas nem sempre existiram os meios oficiais de composição de conflitos. Antes mesmo da formação da concepção moderna de Estado, as pessoas já se valiam de outros métodos para resolverem suas desavenças acerca dos bens da vida e da natureza, tais como a autotutela e a autocomposição, passando, mais tarde, os meios de composição para o Estado que, como produtor do Direito e detentor da força legítima, tomou para si a tarefa essencial de manter a ordem e tranqüilidade, bem como perseguir e consolidar a paz e a justiça. Porém, de uma forma ou de outra, tanto a autotutela, como a autocomposição, nunca deixaram de existir, verificando-se, até, de acordo com o sentimento social vigente e conforme os interesses do Estado. Num aparente sentimento ambíguo, mobilizar-se o Estado por uma repressão ou por uma tolerância pela autotutela, quando, respectivamente, proíbe o exercício da justiça pelas próprias mãos (vide e.g. a existência do crime de exercício arbitrário das próprias razões) ou quando permite a uma pessoa a reação concomitante a uma agressão e.g. a legítima defesa). Ou, assumindo razões de conveniência e oportunidade, estimula o Estado a autocomposição, seja com ou sem sua participação, ao permitir, neste caso, a utilização da arbitragem feita por um agente não-estatal.

Analizando esta questão, a doutrina mais autorizada do País (Cintra, Grinover, Dinamarco, 1996, p.20), explica-nos que

---

\* Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

A existência do direito regulador da cooperação entre pessoas e capaz da atribuição de bens a elas não é, porém, suficiente para evitar ou eliminar os conflitos que podem surgir entre elas. Esses conflitos caracterizam-se por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque

- a) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque
- b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (e.g. a pretensão punitiva do Estado não pode ser satisfeita mediante um ato de submissão do indigitado criminoso).

Nessas duas situações caracteriza-se a insatisfação de uma pessoa. E a experiência de milênios mostra que a insatisfação é sempre um fator anti-social, independentemente de a pessoa ter ou não ter direito ao bem pretendido. A indefinição de situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social. A eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode-se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro. Na primeira hipótese, um dos sujeitos (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (autocomposição) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (autodefesa ou autotutela). Na segunda hipótese, enquadram-se a defesa de terceiro, a mediação e o processo.

A solução dos conflitos intersubjetivos de interesse passa por um largo avanço histórico, partindo da resolução bilateral de disputas, sem a participação de uma terceira pessoa como mediador ou árbitro, até o momento da necessária interferência estatal, quando o Estado, já fortalecido e orientado e limitado por normas jurídicas atua, por meio de agentes próprios denominados *juízes*, como mediador de uma disputa sobre interesses, concretizando a vontade da lei e a efetivando, se preciso, com coerção e força física. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de *jurisdição* (Cintra, Grinover, Dinamarco, 1996, p.23).

O Estado Democrático de Direito proporciona às pessoas a oportunidade de perseguir os direitos que elas entendam lesados ou não obtidos por alguma situação ou fato da vida. Assim, correm para a Justiça para clamar pelos seus direitos. Mais garantias e direitos, mais procura para repará-los quando lesados ou omitidos.

O lado positivo disso tudo é a vitória da Democracia, da Cidadania, da República e do Direito, caminhos sem volta para o se alcançar a paz e o bem-estar social tão almejados, antídotos contra o veneno dos regimes de exceção jurídica e de trevas, elementos tentadores para alguns infelizes governantes, sobretudo latino-americanos e africanos. Por outro lado, em País de população tão pobre e de Estado tecnocrata preocupado com números da economia e com o bem-estar da população dos países credores de empréstimos financeiros, caso exemplar do Brasil, o povo tenta perseguir os direitos e garantias dispostos numa Constituição democrá-

tica e na sua legislação complementar e infra constitucional, mas encontra uma Justiça em crise, porque desprovida dos essenciais e inerentes recursos a que tem direito subjetivo público, abandonada e vilipendiada por “caudilhos” de plantão no Poder.

Outros fatores também contribuem para essa crise no Poder Judiciário, voz e personificação da Justiça. A professora Ada Pellegrini Grinover (1990, p.17) traça, com o brilhantismo que lhe é peculiar, os parâmetros dessa crise:

A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante conseqüência a de incentivar a litigiosidade latente, que freqüentemente explode em conflitos sociais; ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os justiceiros.

Argumente-se, ainda, o infeliz papel que alguns governos, de diferentes níveis de poder no Brasil, fazem ao fomentar a crescente e monstruosa escalada dessa crise na Justiça, seja editando normas visivelmente inconstitucionais, seja não honrando com os seus compromissos patrimoniais assumidos perante aqueles que fornecem bens e serviços para a Administração Pública ou simplesmente não pagando ou reconhecendo direitos objetivamente relacionados na Constituição e na legislação que a efetiva. Tome-se, como exemplo, um dado importantíssimo para uma melhor focalização da nossa exposição. Em recente levantamento estatístico realizado pelo Poder Judiciário, apontou-se a participação da União, do INSS (autarquia federal), do Estado de São Paulo e da Caixa Econômica Federal (empresa pública da União) como réus, na imensa maioria dos processos levados à conhecimento dos Tribunais Superiores.

Assim, se já é um tormento e uma angústia a espera pela justiça no campo dominado pelas relações jurídicas privadas, o sofrimento se multiplica quando, num dos pólos da relação jurídico-processual, encontramos o Estado como litigante. A par de prerrogativas justificáveis dispostas a favor da Fazenda Pública, outras temos que mais valem para arrastar o final do processo (e.g., o recurso de ofício e o pagamento pelo sistema dos precatórios), imputando um sentimento de impotência e desânimo para aqueles que, de uma forma ou de outra, mantêm relações contratuais ou empregatícias com a Administração Pública, favorecendo o descrédito e a desconfiança na relação povo/Estado.

O Estado, de certa forma, saturado, não consegue mais responder às demandas sociais de pacificação de conflitos, e perde terreno para conceitos “privados” de busca de justiça, quando na verdade, deveria buscar meios alternativos de

solução de conflitos, onde pudesse participar, ajudando e tornando acessível a justiça, mantendo-a, ainda, nas mãos da Democracia Constitucional. Este estudo, porém, visa apontar algumas medidas alternativas, parcimoniosas e tímidas, mas corajosas, que vêm sendo tomadas para proporcionar uma maior agilidade e confiança na distribuição da justiça pelo Estado, principalmente quando este figura num dos pólos do processo. Destacamos estudos e o advento de legislação federal que prevê o uso da arbitragem nos conflitos envolvendo a Fazenda Pública em certos e restritos casos, bem como a adoção de procedimentos administrativos visando a solução extrajudicial de conflitos envolvendo a Administração Pública, com o reconhecimento de direitos e a reparação de danos causados por agentes públicos, em especial, no Estado de São Paulo, onde vigora a Lei nº 10.177/98, importante avanço na reconquista da confiança do povo pelo Estado.

Isso significa não o abandono da preocupação pela supremacia e indisponibilidade do interesse público (ou interesse coletivo), mas o abrandamento de velhos conceitos generalizadores, que impediam o Estado de resolver baratos e simples problemas que eventualmente surgiam no decorrer de ajustes mantidos entre a Administração Pública e os particulares que com ela contratassem e que levavam anos e muito numerário para serem resolvidos. Mitigar e não abandonar ou desprezar. Esta é a chave ou vetor para o encaminhamento de soluções que contribuam para, se não acabar, pelo menos amenizar a crise inoportuna da Justiça.

Advirta-se, porém, uma coisa: o uso de meios alternativos e extrajudiciais de solução de conflitos envolvendo o Estado requer o comprometimento e a seriedade daqueles que foram legitimamente escolhidos pelo povo para a direção do Governo. Caso contrário, inventar-se-á apenas mais um punhado de procedimentos inúteis, que cairão na mesmice e na banalização da rotina, afogando-se no oceano da burocracia.

## 2 Arbitragem

A arbitragem, no magistério do professor Álvaro Villaça Azevedo (1998, p.12), é um acordo de vontades de que se utilizam os contratantes, preferindo não se submeter a decisão judicial com o objetivo de dirimirem seus conflitos de interesses presentes e futuros, por meio de árbitro ou de árbitros.

Para o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (1997, p.10), a arbitragem “significa decisão por árbitro eqüidistante entre as partes, mas desprovido de poder estatal e não integrante do quadro de agentes públicos da atividade jurisdicional do Estado”.

Com efeito, a Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a nova regulamentação da arbitragem no Brasil,<sup>1</sup> prescreve em seu artigo 1º

<sup>1</sup> Esclareça-se que a arbitragem, à época da entrada em vigor da Lei nº 9307/96, era regulamentada no Brasil pelos artigos 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil e artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil.

que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais *disponíveis*” (grifo nosso). O professor Álvaro Villaça Azevedo (1998, p.13), ao comentar este artigo, escreve o seguinte:

A Lei nº 9.307/96, admite em seu artigo 1º, que as partes capazes de contratar poderão utilizar-se da arbitragem para dirimir suas lides, relativas a direitos patrimoniais disponíveis. Não poderão, portanto, exemplificativamente, ser objeto de arbitragem as questões que versem sobre direitos de personalidade, direitos de família, como os relativos a alimentos, direitos de menores e os que se relacionem com interdição.

Parece-nos que, no campo das relações privadas, a arbitragem, segundo os princípios da livre pactuação e da autonomia das vontades, não encontrará dificuldades de ordem substancial para ser utilizada, pois a própria lei excepciona os setores do direito privado onde não será admitido o uso da arbitragem, restando ao Poder Judiciário a análise, interpretação e solução de eventuais lacunas que surjam em zonas fronteiriças das normas civis envolvidas em entrelaçamentos próprios de um sistema jurídico contextual.

Todavia, parece-nos, também, que a Lei de Arbitragem poderá ser aplicada para dirimir litígios, relativos a direitos patrimoniais disponíveis envolvendo particulares e a Administração Pública. O que eu digo não é nenhuma apostasia ou hereesia jurídicas. Mais adiante, ilustraremos o presente estudo com uma antiga decisão do Supremo Tribunal Federal admitindo o uso do juízo arbitral. Mas, e o princípio da indisponibilidade do interesses público que, juntamente como o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, conferem vida ao regime jurídico-administrativo brasileiro, devemos esquecer, queimar ou reexaminar? A última alternativa nos parece a melhor.

Acreditamos que, quem nos oferece a melhor resposta é o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1997, p.84), cuja lição ora aproveitamos, transcrevendo-a:

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. 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, que se complementa pelo reconhecimento da liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e, conseqüentemente, a de apropriar-se dos bens direta e indiretamente deles resultantes. 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

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 e, por vezes, de autorização legal.

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.

E arremata de forma brilhante, explicando o que virá a ser o justificável campo para frutificar a arbitragem nos conflitos que envolvam a Administração Pública:

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. São *disponíveis*, nesta linha, todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão *patrimonial*, ou seja, que possam ser qualificados 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*.

Assim, os interesses da Administração Pública devem ser sopesados de acordo e na medida de relevância a que se destina a premiar o interesse público a ser alcançado.

O tema, porém, deve ser tratado com todo o cuidado, evitando-se a absorção afoita de procedimentos privatísticos na seara pública. Se nestes predomina os princípios da livre pactuação e o da autonomia das vontades, na Administração Pública todo o procedimento deve ser efetivado se a *lei* permitir e autorizar. É que vige o princípio da vontade da lei ou simplesmente da legalidade, devendo o agente público pautar-se por expedientes legais e não meramente volitivos, seus e os da parte que almeja contratar com a Fazenda Pública.



Desta forma, nem todos os comportamentos da Administração Pública são passíveis de serem levados ao conhecimento de árbitros livremente escolhidos pelas partes capazes. Somente poderão receber esse julgamento não-estatal aquelas situações que a lei permitir e autorizar à Administração Pública levar ao conhecimento de julgadores não-estatais.

O momento é propício para revelarmos lição da professora Júlia Raquel de Quiroz Dinamarco (1997, p.50), que estuda de forma profunda a questão neste estudo levantada. Seus esclarecimentos demonstram não só a preocupação pela adoção de comportamentos coloridos de estrita legalidade, como também traz valiosa informação histórica a respeito do tema arbitragem na Administração Pública:

Em face da superveniência de diplomas legais- mais ou menos específicos- regulando a matéria dos contratos com a Administração Pública, impõe-se, ainda, um exame histórico e sistemático da situação das convenções arbitrais nesses contratos.

O Decreto nº 2.300/86, em seu artigo 45, § único, já exigia a eleição de foro – o do Distrito Federal – para a solução de controvérsias contratuais como cláusula necessária nos contratos celebrados com a Administração Pública. No entanto, admitia, expressamente, a utilização da arbitragem para as hipóteses de aquisição de bens e serviços cujo pagamento fosse financiado por organismo internacional: artigo 25, § 13. Versando sobre situações especialíssimas, a mesma espécie de autorização legal expressa era já encontrada em diplomas anteriores, como 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 autorizavam o Tesouro Nacional a firmar contratos internacionais com cláusula compromissória.

Contudo, a exceção (literal e expressa), mencionada ao início do parágrafo anterior, deixou de existir com a revogação do Decreto-lei nº 2.300/86 pela Lei nº 8.666/93, que, atualmente, regula a contratação com a Administração Pública. A lei geral que versa, atualmente, sobre contratos com a Administração Pública traz disposições específicas sobre o 'foro' onde demandas versando sobre tais contratos devam ser processadas. Sem desconhecer ou fingir desconhecimento sobre o sentido técnico do termo 'foro' em nosso direito, a indicação deste encontra-se erigida à condição de cláusula necessária nos contratos com a Administração no artigo 55, inciso XIII, § 2º da Lei nº 8.666/93, excepcionando-se dessa previsão apenas as hipóteses que se subsumirem ao § 6º do artigo 32 de tal lei. O mesmo ocorre no que oca às contratações amparadas na Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993 (exploração de portos organizados etc.), já que esta remete à lei geral de licitações, em seu artigo 1º, § 2º (na época, no entanto, ainda o Decreto-lei nº 2.300/86, posteriormente revogado pela Lei nº 8.666/93).

Por haver deixado de consignar, o legislador, de maneira expressa, aquela faculdade de adoção da arbitragem (e, mesmo assim, no Decreto-lei nº 2.300 essa previsão era restrita a hipótese determinada, onde se vislumbravam elementos de internacionalidade do contrato), já se chegou a sustentar a inadmissibilidade dessa jurisdição em contra-

tos com a Administração Pública. “Diz Márcia Walquiria Batista dos Santos que, em razão do princípio da legalidade, ‘se a previsão de juízo arbitral nos contratos administrativos internacionais não foi expressamente autorizada pela nova legislação de licitações, não se pode pretender que os contratos submetidos a esta mesma legislação utilizem a arbitragem”. No mesmo sentido e conjugando mais amplos argumentos, concluiu já o Tribunal de Conta da União, ao afirmar que a escolha da jurisdição arbitral seria ‘inadmissível em contratos administrativos, por falta expressa de previsão legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório, princípio da indisponibilidade do interesse público, entre outros) [...] Não bastasse isso, colocando a Lei nº 8666 em confronto sistemático com os diplomas que regulam modalidades específicas de contratações da Administração, tem-se por reforçada essa impressão. Por exemplo, quanto aos contratos com a Administração que versem sobre concessão e permissão de serviços públicos no âmbito federal, vige a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 que, a despeito de fazer remissão à Lei nº 8.666 na identificação das cláusulas indispensáveis aos contratos com a Administração (o faz em seu artigo 1º), traz disposição especial e expressa sobre a matéria dos meios alternativos de solução de controvérsias em que, por óbvio, insere-se a arbitragem em seu artigo 23, inc. XV. Nos termos desse dispositivo, “são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas [...] ao foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais”. Ao reforçar tal situação, supervenientemente, veio o Decreto nº 1.719, de 28 de novembro de 1995 (que dispõe sobre a outorga de concessão e permissão para a exploração de serviços de telecomunicação em base comercial, com exceção aos de radiodifusão) que, em seu artigo 37, inciso XIV, também atribui a característica de cláusula essencial aos contratos a que prevê o “foro e modo amigável de solução das divergências contratuais”, fazendo ainda remissões às Leis nº 8.666/93, 8.987/95 e à 9.074/95, no que couber. Sistemáticamente, assim, o panorama legal parece conduzir à conclusão sobre a impossibilidade de utilização generalizada da jurisdição arbitral para demandas fundadas em contratos com a Administração Pública. A lei geral sobre tais contratos, em nível federal, silencia sobre essa possibilidade (embora diplomas anteriores a ela se referissem), ou da adoção de modos alternativos de solução de controvérsias (e, nesse ponto, *legem habemus*). Paralelamente, dois diplomas específicos e supervenientes, atualmente em vigor, deram-se ao trabalho de expressamente consignar essa possibilidade (mas regulam eles tipos específicos de contratos com a Administração, tendo, portanto, restrito seu âmbito de incidência e impedindo a interpretação analógica de seus dispositivos). Lógica não pareceria haver nessa conduta do legislador a não se inferir da Lei nº 8.666 a limitação à Administração Pública, nos contratos em geral, de eleger jurisdição arbitral como veículo para a solução de conflitos nascidos desses contratos. A omissão dessa lei quanto à utilização da arbitragem, dentro da estrutura geral do sistema, tende a significar a exclusão deliberada do elemento encontrado nas fontes de que o legislador poderia se valer.

A advertência sobre o uso indiscriminado e geral da arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública é procedente, já que lei deve, repita-se, prever e autorizar o uso desse meio alternativo na seara das relações jurídicas envolvendo a Fazenda Pública.

A jurisprudência é quase que inexistente sobre a questão da arbitragem nas questões fazendárias. Mas, uma só basta para infirmar a possibilidade de sua utilização. Um acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal faculta à Administração Pública o uso do juízo arbitral para resolver as eventuais pendências litigiosas.

O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1997, p.86) transcreve a ementa da decisão do Tribunal Federal de Recursos, da lavra do eminente relator ministro Godoy Ilha:

*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 (grifo nosso).*

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.

O Supremo Tribunal Federal, nas duas oportunidades em que se manifestou (Agravo de Instrumento nº 52.181<sup>2</sup> e Recurso Extraordinário nº 71.467-GB) juntou sua voz à do Tribunal Federal de Recursos e entendeu cabível a aplicação do juízo arbitral, segundo o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1997, p.87), por duas razões: a tradição doutrinária brasileira, assentada desde o império, em aceitar a arbitragem nas causas da Fazenda e a impossibilidade de interdição do juízo arbitral nessas causas, pois isso importaria numa *restrição à autonomia contratual do Estado*.

Para finalizar, nada melhor do que a lúcida lição do professor Adílson Abreu Dallari (1996, p.8, 10):

Argumentam alguns que, diante dos princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade dos interesses públicos e da indisponibilidade dos instrumentos destinados à defesa dos interesses públicos, a Administração Pública, ao contratar, não poderia abrir mão da possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário.

Entendem outros que a arbitragem nos contratos administrativos seria inconstitucional porque violaria a garantia conferida aos cidadãos no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, no sentido de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

<sup>2</sup> Acórdão publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 68, p.382.

Por último, há quem entenda que a arbitragem se chocaria com o princípio constitucional da legalidade, dado que na arbitragem é possível que a solução do conflito seja feita por equidade, à margem da estrita legalidade.

Nada disso, porém, impede a adoção da arbitragem.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim, como o juiz no procedimento judicial, deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei, e se confunde com a realização concreta da justiça. Inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública.

Em segundo lugar, a lei instituidora ou disciplinadora da arbitragem nos contratos administrativos não está vedando o acesso ao Poder Judiciário, mas, sim, apenas, proporcionando uma alternativa, que pode ser utilizada com maior ou menor intensidade, para certas espécies de conflitos (por exemplo, questões técnicas ou econômicas), não havendo possibilidade alguma de se excluir totalmente o controle jurisdicional da Administração Pública, conforme se demonstrará mais adiante.

[...]

Com muito maior razão não se poderá vedar o ingresso ao Poder Judiciário em caso de nulidade ocorrida no processo de arbitragem para solução de controvérsia na execução de qualquer contrato administrativo.

O compromisso das partes é sempre no sentido do acatamento de decisão regular, tomada pelo árbitro, após regular tramitação do feito. A ocorrência de vício jurídico no curso do processo de arbitragem libera a parte prejudicada do compromisso de não recorrer ao Judiciário, exatamente porque nenhuma das partes jamais se comprometeu a acatar decisão tomada de forma irregular, contrariando disposições legais ou contratuais, ou, ainda, especialmente, os próprios termos do compromisso arbitral.

### **3 Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998**

A Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Fruto de um projeto de lei encaminhado pelo Governador do Estado, calcado em estudos formulados por uma Comissão de Juristas da Procuradoria Geral do Estado, esta lei representa uma espécie de “Código de Processo Administrativo”, onde atos e procedimentos são regulados, visando conferir uniformidade e legalidade estrita aos atos produzidos pela Administração Direta e Indireta do Estado de São Paulo.

Entretanto, para este estudo, dois aspectos relevantes nos chamaram a atenção. A par de regular de forma geral os procedimentos administrativos, a Lei nº

10.177/98 regula procedimentos específicos, como os de invalidação de ato e contrato administrativo; os de outorga de direitos e atribuição ou liberação de exercício de direitos; os de caráter sancionatório; os de obtenção de certidão e informações pessoais; os de denúncia e os de reparação de danos. Este último procedimento traz consigo um meio alternativo de solução extrajudicial de conflitos envolvendo a Fazenda Pública, a ser realizada no seio desta, pois permite à própria Administração conhecer o pedido e analisar se o mesmo tem fundamentos de fato e de direito, passando a decidir sobre a pretensão, inclusive contra a própria Fazenda Estadual, permitindo, conseqüentemente, o pagamento de indenização ao requerente ainda em sede extrajudicial.

O artigo 65 da referida Lei Estadual prevê que,

aquele que pretender, da Fazenda Pública, ressarcimento por danos causados por agente público, agindo nessa qualidade, poderá requerê-lo administrativamente, observadas as seguintes regras.

Essas regras aproximam-se muito de um processo judicial ordinário normal, tangendo um procedimento sumário, sendo que o procedimento administrativo será dirigido por um Procurador do Estado e a decisão caberá ao Procurador-Geral do Estado ou ao dirigente da entidade descentralizada, que recorrerão, de ofício, ao Governador do Estado, nos casos em que o regulamento disciplinar, deixando transparecer, aí, respectivamente, uma preocupação com a correta e reta aplicação do direito, ao se imputar a direção e decisão do processo a operadores do Direito (procuradores do Estado) e o estabelecimento de uma espécie de “duplo grau de jurisdição administrativa”.

Acolhido em definitivo o pedido, a ordem de pagamento será inscrita em registro cronológico próprio, com valor do débito atualizado. Comunicado de que o Estado foi definitivamente condenado a ressarcir o dano, na hipótese de não acolhimento do recurso de ofício pelo Governador do Estado, o Procurador-Geral do Estado determinará as providências para a apuração de eventual responsabilidade de agente público, por dolo ou culpa, para futuro ressarcimento dos cofres públicos.

Some-se a tudo isso, a possibilidade que a Lei Estadual nº 10.177/98 confere àquelas pessoas que pretendem ver reconhecido um direito seu ou simplesmente o exercício desse direito. Muitas vezes, eram obrigadas a acionarem o Poder Judiciário, através de ações declaratórias ou mandados de segurança para exercerem livremente um direito subjetivo protegido pela legislação estadual. Agora, basta que se requeira à Administração Pública, provocando a instauração de um procedimento de outorga, procedimento este previsto na Lei nº 10.177/98, em seu artigo 52 e que se destina ao reconhecimento, atribuição ou liberação do exercício de um direito.

Depreende-se disso tudo que, o Estado não “empurra com a barriga”, para usar um jargão popular próprio para explicar o caso, a decisão sobre a sua responsabilidade, jogando quase que para a eternidade o ressarcimento lícito de um dano que ele, Estado, cometeu, agravando, muitas vezes as angústias de pessoas e famílias que tiveram que suportar a dor de um indevido ato estatal.

Obviamente, a Lei nº 10.177/98 não restringe o acesso do interessado ou da pessoa lesada ao Poder Judiciário, nem condiciona o uso do procedimento ventilado à desistência ou renúncia de se pleitear eventuais direitos no Poder Judiciário, o que permite o acesso direto a este se o interessado assim desejar. Entretanto, a opção da via administrativa pode aliviar o Poder Judiciário de demoradas e custosas disputas envolvendo particulares e a Fazenda Pública.

Reconheçamos: esta lei é a resposta de um governo sério e comprometido com o seu eleitorado e, principalmente, com o povo do seu Estado, devendo servir de exemplo para os demais Estados e Municípios.

#### 4 Conciliação realizada pela defensoria pública

Outro importante mecanismo de solução de conflitos na seara extrajudicial são os termos ou documentos frutos de acordos obtidos pela Defensoria Pública no seu labor de pacificação social, no pleno exercício de suas funções institucionais, que alberga, no inciso I do artigo 4º da Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994 (organiza a Defensoria Pública da União e prescreve normas gerais para a sua organização pelos Estados-membros) a seguinte prescrição: “Artigo 4º – São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: *promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses*”(grifo nosso).

Aliás, dispõe o parágrafo 2º do artigo 4º que “as funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as pessoas jurídicas de direito público”, deixando brecha para permitir que representantes judiciais da Fazenda Pública possam fazer acordos com particulares, em eventuais pretensões contrárias à Administração Pública, perante a Defensoria Pública.

Atento a essa importante inovação no sistema jurídico brasileiro, o legislador processual, na Reforma do Código de Processo Civil promovida em 1994, deu nova redação ao inciso II do artigo 585 do Código de Processo Civil e deu força coercitiva aos instrumentos de transação referendados pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública.

O professor Araken de Assis (2000, p.142), comenta essa questão:

Tanto no caso do documento particular, quanto no documento público, ou quanto às transações referendadas, a nova redação deste inciso adotou o modelo português, e *comporta quaisquer obrigações* (grifo nosso).

Nossos grifos foram propositais e estão a reclamar que este tipo de transação destina-se a todo e qualquer tipo de direito, inclusive aqueles instalados no direito de família, em especial na questão da fixação extrajudicial de alimentos pelos separandos. Desde que referendados estes acordos, caso inadimplidos, poderão os interessados propor ação de execução direta e não mais esperar a execução da sentença que condenar a pessoa ao pagamento de alimentos, prevista no artigo 732 do Código de Processo Civil. Este tipo de procedimento já vem sendo adotado

pela Procuradoria de Assistência Judiciária da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, órgão que faz as vezes da Defensoria Pública em São Paulo que, vergonhosamente, não possui uma Defensoria Pública própria e institucionalizada, como reclamam a Constituição Federal (artigo 134) e a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 103.

Sem dúvida, este é mais um meio alternativo de solução de conflitos de interesses, servindo o Defensor Público, com sua autoridade de agente público e com a sua autoridade intelectual, como árbitro ou mediador de uma pretensão resistida.

## 5 Conclusão

Antes de concluirmos, cabe uma informação que muito se aproxima do tema aqui desenvolvido. Na próxima vaga de modificações de artigos do Código de Processo Civil, o legislador pretende agasalhar formas de resolução rápida e eficaz dos conflitos envolvendo a Fazenda Pública, procurando estancar maiores delongas e sofrimentos nos processos desse jaez. Tanto é que, no Projeto de Lei que altera dispositivos do Código de Processo Civil referentes a recursos e ao reexame necessário (Projeto de Lei nº 3.474/2000), há a inclusão de dois parágrafos no artigo 475, artigo este que, no seu inciso I, prevê o reexame necessário das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública como um todo, sendo que um desses novos parágrafos, mais precisamente o segundo, prescreverá que

não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente ao de quarenta salários mínimos, bem como nos casos de procedência dos embargos do devedor na execução da dívida ativa do mesmo valor.

Verifica-se, assim, que há uma mitigação na rigidez com que o legislador trata as causas fazendárias, as quais, até agora, favoreciam processualmente mais o Estado do que o cidadão. Isso significa que em causas envolvendo valores não superiores a quarenta salários mínimos, a Fazenda Pública poderá adotar dois procedimentos:

- a) recorrer voluntariamente ou
- b) procurar a parte contrária para proceder a um acordo.

Devemos, pois, aplaudir este avanço e aguardar medidas pacificadoras como estas e como as que foram apresentadas no desenrolar do estudo.

De todo o exposto, chegamos à conclusão de que as formas de auto-composição, como a arbitragem e a conciliação extrajudicial, poderão ser utilizadas em conflitos envolvendo a Fazenda Pública, desde que lei assim permita e autorize e sempre visando resolver questões de ordem técnica ou econômica que correspondam aos interesses secundários da Administração Pública; seus meios de atingimento dos fins essenciais a serem perseguidos pelo Estado na sua busca pela promoção do bem-estar e paz sociais.

## Referências

- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Arbitragem. *Revista dos Tribunais*, v. 75, jul. 1998.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de Serviço Público. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 13, 1996.
- DINAMARCO, Júlia Raquel de Quiroz. Arbitragem e Administração Pública. *Revista do Advogado*, n. 51, out. 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 20, jul./set. 1997.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista do Advogado*, n. 51, out. 1997.