

A consolidação da arbitragem nos contratos administrativos com a nova lei de licitações: efetividade ou risco ao interesse público?

Roberta Aves

Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba) e Assessora Parlamentar na Câmara dos Deputados.

Luciano Elias Reis

Advogado. Doutor em Direito Administrativo pela *Univertat Rovira i Virgili*. Doutor e Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor da Graduação e da Pós-Graduação do Curso de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Pesquisador Líder do Grupo de Pesquisas Compras Públicas Inovadoras (CNPq – Unicuritiba).

1 Introdução. 2 Os contratos administrativos, a resolução de pontos controvertidos por métodos extrajudiciais e o cenário contemporâneo do direito administrativo. 2.1 Contratos administrativos: conceito, natureza jurídica e atributos. 2.2 Meios extrajudiciais de solução de conflitos na administração pública. 2.3 Cenário contemporâneo do direito administrativo. 3 O instituto da arbitragem e a utilização pela administração pública com o projeto da nova lei de licitações: possibilidade, vantagens, desvantagens e adaptações necessárias. 3.1 Arbitragem: conceito, requisitos para submissão e vantagens/desvantagens. 3.2 Arbitragem na administração pública com a nova lei de licitações. 4 Decisões judiciais do Brasil sobre a arbitragem nos contratos administrativos. 5 Considerações finais. Referências

1 Introdução

A utilização da arbitragem na solução de conflitos no âmbito do direito administrativo no que concerne aos contratos administrativos ganhou força com a aprovação da Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

A resolução de controvérsias por intermédio de métodos extrajudiciais nos contratos administrativos já tem autorização na Lei 9307/96 (Lei de Arbitragem), que foi alterada pela Lei 13.129/2015, e dispõe sobre a legitimidade para os contratantes utilizarem a arbitragem quando há litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

A aprovação da Nova Lei de Licitações (NLL), entretanto, poderá estabelecer de forma expressa e em lei geral que rege os contratos administrativos e as licitações a utilização da arbitragem para a resolução de controvérsias possibilitando, dentre outros, a celeridade do trâmite, a diminuição de demandas atribuídas ao poder judiciário, a adequada análise da demanda por árbitro especializado, a efetividade da resolução do conflito, o fomento à concorrência, e, portanto, realizar o interesse público.

Um dos pontos de abordagem, no entanto, é a discussão doutrinária acerca da disponibilidade dos direitos decorrentes dos contratos administrativos, certo que para uma parcela os direitos são indisponíveis ao se tratar de interesse público. Em contrapartida, há outra corrente que entende serem disponíveis os direitos se forem dotados de caráter patrimonial.

Ainda, a utilização dos métodos extrajudiciais, em especial da arbitragem, esbarra na confidencialidade inerente ao método. Colidindo com um dos princípios basilares do Direito Administrativo, a publicidade de atos estatais. O processo de escolha do árbitro ou da instituição de arbitragem também é tema que merece atenção por envolver o poder público.

Certa feita, o objetivo deste artigo é elucidar os pontos supracitados acerca da utilização da arbitragem no âmbito do Direito Administrativo, e assim, corroborar com o estudo acerca da discussão da modernização da Lei de Licitações.

A fim de percorrer o trajeto do estudo acerca do tema será necessário compreender: os atributos do contrato administrativo; as formas de resolução de pontos controvertidos disponíveis às partes; o cenário contemporâneo do Direito Administrativo; os aspectos da arbitragem; a perspectiva da Nova Lei de Licitações frente aos contratos administrativos; a possibilidade da solução arbitral, bem como vantagens, desvantagens e adaptações necessárias. Somando-se a estes aspectos, por fim caberá passagem por decisões judiciais atinentes aos temas que envolvem a arbitragem e a Administração Pública.

2 Os contratos administrativos, a resolução de pontos controvertidos por métodos extrajudiciais e o cenário contemporâneo do direito administrativo

2.1 Contratos administrativos: conceito, natureza jurídica e atributos

Os contratos administrativos são ajustes passíveis de criação, modificação ou extinção de direitos ou obrigações que pressupõe o acordo de vontades entre o particular e o Estado enquanto exercedor da função administrativa. Justamente por esta posição que a Administração Pública ocupa, com o intuito de atingir o interesse público, é que nestes contratos impera a verticalidade, traduzida pela supremacia do interesse público sobre o privado, e, portanto, são regidos pelo direito público.

Hely Lopes Meirelles (2016, p. 239) pontua, neste sentido, que os contratos administrativos são definidos, além do acordo de vontades entre as partes para atingir o interesse público, pela participação da Administração em um dos polos e a consequente derrogação das normas de direito privado para a utilização das regras de Direito Público.

Marçal Justen Filho (2016, p. 506), por sua vez, salienta que os contratos administrativos em sentido amplo abarcam os acordos de vontade da Administração, os contratos administrativos em sentido estrito e os contratos de direito privado. Em relação a estes últimos, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 608) entende que são situações, por exemplo, como a de locação de um imóvel pela Administração Pública para a instalação de uma repartição.

Ainda, sob a ótica de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2018, p. 338), em sentido amplo há os contratos da Administração, os quais podem ser predominantemente regidos pelo direito público ou privado. Naqueles a característica seria a da verticalidade e nestes incidiria a horizontalidade entre as partes.

Lúcia Valle Figueiredo (2000, p.89), entretanto, argumenta que não seria adequado falar em horizontalidade das partes mesmo nos contratos predominantemente privados, pelo motivo de que ainda assim, por envolver a Administração, incidiriam normas de direito público, pois as finalidades e interesses são sempre públicos.

De todo modo, os contratos administrativos a que se refere este estudo são os regidos pela Lei nº 8.666/1993 ou pela Lei nº 14.133/2021, a partir do artigo 54 ou artigo 89 respectivamente, ou seja, devem obedecer as cláusulas e preceitos de direito público. Com relação à natureza jurídica, fazem parte dos contratos da Administração, que advém do gênero contrato, e, portanto, são espécies de contratos com características e atributos próprios.

O ajuste entre a Administração Pública e o particular é dotado de igualdade entre as partes ao passo que ambos possuem autonomia. O particular pode dar o aceite às cláusulas regulamentares ou de serviço, “referentes ao objeto, forma de execução, rescisão e responsabilidade das partes,” (DI PIETRO, 2018, p. 349) e apenas o fazendo estará vinculado às obrigações contratuais. Neste sentido, a própria Administração depende do aceite da contratada, não configurando, portanto, atos de império ou atos unilaterais do poder público.

Ainda, as cláusulas gerais que são impostas pela Administração são previamente dispostas no instrumento convocatório e o particular terá de observá-las se decidir por submeter-se à contratação com o ente administrativo. Caso não concordem, deverão impugnar o ato convocatório ou simplesmente deixar de participar do certame.

Somam-se à natureza contratual dos contratos administrativos os interesses opostos entre o contratante e contratado, em sendo a execução do objeto e a obtenção de lucro, respectivamente, que criam direitos e obrigações entre ambos.

Apesar da natureza contratual os contratos administrativos possuem características e atributos próprios, visto que, pelo princípio da legalidade, a Administração deverá seguir o rito licitatório disposto na Lei nº 8.666/1993 ou pela Lei nº 14.133/2021 para realizar a contratação de um particular para satisfazer o interesse público.

Pontua Reinaldo Couto (2019, p. 573) que o contrato deverá ser consensual, reflexo da vontade das partes; em regra formal e escrito; oneroso; *intuitu personae*, desenvolvido pelo vencedor do processo licitatório e comutativo, com deveres recíprocos entre as partes. Atributo de destaque, todavia, é a prerrogativa que o contratante tem por agir em função administrativa que precipuamente visa o interesse público. Esta prerrogativa é a possibilidade da utilização de cláusulas exorbitantes que, de acordo com Romeu Felipe Bacellar Filho (2007, p. 183), ganham esta nomenclatura por exorbitarem as normas do direito comum.

Marçal Justen Filho (2016, p. 529) ensina que as condições impostas são as competências anômalas as quais sejam: alteração unilateral do contrato – respeitado o seu objeto, quanto à quantidade, local de entrega, fiscalização, bem como quanto à execução do objeto, a extinção da relação jurídica sob o manto da conveniência e oportunidade ou mesmo a imposição de sanções em caso de descumprimento do avençado.

A Lei nº 8.666/1993 dispõe no artigo 58 ou a Lei nº 14.133/2021 em seu artigo 104 estas prerrogativas: alteração e rescisão unilaterais, fiscalização, aplicação de sanções e a ocupação temporária de bens móveis e imóveis, pessoal e serviços quando se tratar de contratos de serviços essenciais para apuração de faltas contratuais. Estas são poderes-deveres de natureza legal que colocam a Administração em posição de supremacia em relação ao particular (COUTO, 2019, p. 579).

As cláusulas exorbitantes tornam os contratos administrativos mutáveis, e, diante de todas as sujeições do particular frente a um ajuste com a Administração poderia ser levantada a desvantagem em firmar este tipo de contrato. Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 617) argumenta que “a desigualdade dantes encarecida equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro buscado pelo contratante privado”, ou seja, por mais que haja a supremacia do poder

público em detrimento do particular, este detém a garantia econômica de lucro nos termos apresentados em sua proposta.¹

Neste mesmo raciocínio, estando presente o interesse de contratar, o particular tem como principal objetivo a realização financeira que se dá com a execução do objeto avençado no contrato. A Administração Pública não tem a prerrogativa de minimizar ou forjar a remuneração do contratado, pois o seu interesse é apenas o de realização do interesse público. A garantia do particular é o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal.

2.2 Meios extrajudiciais de solução de conflitos na administração pública

A partir da relação jurídica contratual estabelecida entre a Administração e o particular a fim de alcançar a realização do interesse público há a possibilidade do surgimento de conflitos entre as pretensões das partes. Diante disso, é necessário optar por um método de resolução de controvérsias, que, na prática, tradicionalmente é judicial, embora os métodos extrajudiciais se apresentem como caminho eficaz.

No âmbito da legislação brasileira os métodos extrajudiciais de solução de conflitos (MESCs) são: conciliação e mediação (Lei 13.140/2015), arbitragem (Lei 9.307/1996 reformada pela Lei 13.129/2015), negociação (diálogo dotado de boa-fé entre as partes) e comitês de resolução de disputas (*dispute boards*). Atualmente a Administração Pública é autorizada por estas legislações a utilizar a autocomposição e a heterocomposição para dirimir conflitos relativos a seus contratos com particulares.

Na doutrina americana são denominados *alternative dispute resolution* (ADR), apesar de o termo “alternativo” não ser correto para os parâmetros atuais, visto que o poder judiciário não deve ser visto como caminho natural para a solução dos conflitos e sim um dos meios que podem ser adequados para tal, ao lado da mediação, da conciliação, da negociação, da arbitragem (REIS, 2017, p. 219).

Os métodos podem ser divididos em dois grupos, de autocomposição e heterocomposição. Aquele é pautado na autonomia de vontade das partes que irão em conjunto compor uma solução para o litígio em questão. Já o segundo é marcado pela presença de um agente externo que intervém para prolatar uma decisão acerca do conflito.

Analisando primeiramente a conciliação, tem-se um instrumento que pode ser utilizado nas situações em que não há vínculo anterior entre as partes e é autorizado ao conciliador sugerir, sem interferir, com soluções para o fim do litígio. A mediação, no entanto, pode ser utilizada em casos que haja sim vínculo anterior entre as partes, fornecendo o mediador auxílio para que as partes compreendam as questões e interesse em conflito e a comunicação seja restabelecida para que a solução seja alcançada, gerando benefícios aos dois lados.

A negociação está presente no cotidiano da vida em sociedade, pode ocorrer desde o diálogo para se decidir o local em que será feita uma reunião até mesmo as cláusulas a serem inseridas em um contrato. De tal forma, é um método de resolução de conflitos não judicial e amplamente utilizado, sem que haja a intervenção de terceiro (SALES; RABELO, 2009, p. 78).

Novidade trazida com a Nova Lei de Licitações é a autorização expressa para a utilização dos *dispute boards*. Apesar de já autorizado o emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas em contratos de concessão (Lei nº 8.987/1995) e de parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2004) e, por isso, já existirem casos de aplicação dos *dispute boards*, a legislação pátria até

1. Sobre a consensualismo e as cláusulas exorbitantes, vale recomendar a leitura REIS, Luciano Elias. O fortalecimento da consensualidade e o declínio das cláusulas exorbitantes? *Revista Informativo de Licitações e Contratos*, 170, p. 366-376, abr. 2008.

então não dispunha de previsão geral para aplicação do método nos contratos administrativos (à execução do Município de São Paulo – Lei nº 16.873/2018 e outros municípios).

Ao lado dos outros institutos extrajudiciais já analisados, o modelo teve início nos Estados Unidos, na década de 70, pela indústria de construção, sendo utilizado mais comumente em contratos de obras de infraestrutura e em grandes construções, dado ao grau de complexidade (MACHADO, 2018, p. 13).

Os *dispute boards* são organismos independentes compostos por um ou três membros que normalmente são estabelecidos mediante a assinatura ou início da execução de um contrato de médio ou longo prazo. O objetivo é de auxiliar as partes a evitar ou superar divergências que possam surgir durante a execução do contrato.

Organizações e instituições privadas (*International Chamber of Commerce – ICC, Dispute Resolution Board Foundation – DRB, The Chartered Institute of Arbitrators – CI Arb, World Bank e Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils – FIDIC*) elaboram modelos de *dispute boards*, que são seguidos pelas partes como parâmetro para a resolução ou prevenção de conflitos

De acordo com Machado (2018), existem 03 modalidades de utilização do método: *dispute review board, dispute adjudication e combined disputed board*. A primeira tem caráter consultivo, elabora manifestações de consideração acerca de questionamento levantado pelas partes, que devem observá-las com base na boa-fé objetiva, e não possui força vinculante. As recomendações são recorríveis, com prazo a depender da instituição, e, não havendo discordância, passam a ter efeito vinculante (*binding effect*), se descumpridas podem ser levada à câmara arbitral ou ao poder judiciário, a critério da instituição escolhida como parâmetro.

A segunda possibilidade é a *dispute adjudication*, a qual tem o condão de emitir decisões com caráter vinculante desde a emissão. As partes devem se manifestar expressamente, discordando ou concordando, e também é cabível recurso, o qual ocorre com efeito devolutivo em regra. Por fim, em algumas instituições, é cabível uma espécie híbrida de *dispute boards*, que engloba a emissão de recomendações e excepcionalmente decisões, é a *combined dispute board*.

Lívia Moraes² observa que “de acordo com dados do *Dispute Board Federation (DBF)*, de Genebra, estima-se que a utilização do meio alternativo nos contratos de engenharia de grande porte prevenira cerca de 97,8% das disputas em arbitragens e tribunais, com tempo médio de 90 dias para resolução e custo de 2% do valor do projeto contra 8% a 10% das disputas arbitrais e judiciais”.

No Brasil, a utilização dos *dispute boards* teve início em 2004, com a contratação de empresa incumbida de executar a construção da Linha Amarela em São Paulo e foi possível comprovar o baixo custo do método comparado à arbitragem e ao processo judicial. O valor total do contrato somava 1,55 bilhões de dólares, tendo custado o *dispute board*, composto três engenheiros, 0,06% do valor do contrato. Os recursos eram oriundos do BIRD (Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento) vinculado ao Banco Mundial, que já impunha desde 1995 a necessidade de adoção do método em contratos superiores a 50 milhões em que era financiador.³

Por fim, cabe realizar análise da arbitragem como possibilidade de resolução de conflitos em que a incumbência do árbitro é decidir, sendo esta decisão impositiva para as partes que devem realizar seu cumprimento.

2. Entrevista: *A regulamentação dos dispute boards no Brasil*. Disponível em: <<http://coad.com.br/home/noticias-detalle/96108/entrevista-a-regulamentacao-dos-dispute-boards-nobrasil>>.

3. *Dispute Boards, Uma Nova Opção para Conflitos Na Construção*. Revista Engenharia, Edição 621, 2014. Disponível em: <http://www.brasilengenharia.com/portal/images/stories/revistas/edicao_621/621_div_04.pdf>.

Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 30) conceituam que a arbitragem é “método de heterocomposição de conflitos em que o árbitro, exercendo a cognição nos limites da convenção de arbitragem livremente estabelecida pelas partes, decide a controvérsia com autonomia e definitividade.”

A Lei de Arbitragem (nº 9.307/1996) traz, no entanto, a limitação para a utilização do método no que diz respeito à matéria discutida. Só poderá ser objeto do método arbitral litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Se for de interesse das partes, portanto, inserirão cláusula compromissória no seio do contrato ou em documento apartado. Se não houver este acordo prévio entre as partes, também é possível a instituição da arbitragem, por meio do compromisso arbitral, seja ele judicial, em processo em curso ou extrajudicial.

Neste ponto merece destaque a questão de simultaneidade de cláusulas de compromisso arbitral e de foro judicial em um mesmo contrato, justificada por uma possível complexidade da matéria do objeto contratual, assim como pela minimização de custos trazidos por métodos não judiciais. Para que a convivência entre as cláusulas seja pacífica e eficaz, há de se delimitar as atribuições de cada uma de acordo com a vontade das partes.

No âmbito dos contratos firmados com a Administração Pública a utilização de contratos fracionados se dá por separar matérias que envolvem direitos indisponíveis para o julgamento do foro judicial e o que será atribuído à arbitragem.⁴ Neste sentido, Eros Roberto Grau (2002, p. 404) entende que não há incompatibilidade entre a cláusula de foro e a cláusula compromissória, desde que aquela seja utilizada em situações que a arbitragem não abarca.

2.3 Cenário contemporâneo do direito administrativo

A resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública, especificamente no tocante aos contratos administrativos até então abordados impera a verticalização das relações administrativo-contratuais, e usualmente as questões conflituosas desaguam no judiciário.

Com o litígio judicializado, o poder público enquanto parte detém privilégios processuais, a saber, o duplo grau de jurisdição obrigatório (reexame necessário), vide artigo 496 do Código de Processo Civil/2015, bem como o dobro do prazo para a manifestação processual (artigo 183 do mesmo diploma legal). Sendo assim, além das prerrogativas contratuais inerentes à Administração enquanto persecutória do interesse público somam-se tais privilégios enquanto parte em relação jurídica processual.

O direito administrativo contemporâneo, no entanto, é chamado para a democratização da Administração Pública em suas relações e uma de suas formas de manifestação é a consensualidade. A utilização da mediação e da arbitragem é, neste sentido, possibilidades de reduzir o caráter autoritário da Administração e contribuir para aludida democratização (DI PIETRO, 2018, p. 83).

De mesmo modo as chamadas ondas renovatórias do direito, no âmbito processual – fenômeno trazido por Mauro Capeletti e Bryant Garth em *Acesso à Justiça*, no que tange à efetiva prestação jurisdicional, influenciou a consolidação da Lei 9.307/1996 que instituiu o instituto da arbitragem no Brasil (CAPELETTI, 1988).

Em suma, a democratização da Administração com a utilização da consensualidade por meio de métodos extrajudiciais como a mediação e a arbitragem faz parte do cenário contemporâneo da seara administrativa nacional. Entretanto, apesar de legislação própria para a arbitragem, foi somente

4. LEMES, Selma. *Cláusulas Combinadas ou Fracionadas: Arbitragem e Eleição de Foro*. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/ClausulasCombinadas.pdf>>.

com a Lei nº 13.129/2015 que adveio a inserção expressa da possibilidade de utilização do método pela Administração Pública.

Verifica-se que recente é a autorização expressa e que ainda existem entraves para a sua efetiva utilização, e, neste aspecto, Gustavo da Rocha Schmidt (2018, p. 49) entende que, além de regulação específica para o poder público utilizar a arbitragem diante de suas particularidades em detrimento da esfera privada, devem ser tomadas medidas de incentivo a uma nova cultura para a utilização de métodos extrajudiciais pelo poder público, já que há práticas incrustadas na burocracia do Estado.

A nova Lei de Licitações, que é resultado também do projeto de lei 1292/1995 o qual tramitou no Congresso Nacional por mais de 24 anos, tem o condão de proporcionar mudanças significativas aos procedimentos licitatórios e aos contratos.

Presente em seu artigo 151 e seguintes, passa a ser expressamente possível o uso da conciliação, mediação, arbitragem e comitê de resolução de disputas (*dispute boards*), além de outros métodos de mesma natureza extrajudicial, já que há o uso do advérbio “notadamente” no *caput* do artigo 151. A inclusão pode potencializar e evidenciar a utilização dos mecanismos na seara administrativa.⁵

Além de promover a democratização da Administração Pública, o ganho também é substancial para a práxis administrativa, ao passo que os litígios podem envolver questões técnicas complexas e que se submetidas ao judiciário tendem a dispor de maior tempo para resolução, ao contrário dos métodos alternativos que contam com celeridade e especificidade de julgadores para determinada matéria, promovendo o atendimento ao interesse público.

3 O instituto da arbitragem e a utilização pela administração pública com o projeto da nova lei de licitações: possibilidade, vantagens, desvantagens e adaptações necessárias

3.1 Arbitragem: conceito, requisitos para submissão e vantagens/desvantagens

A arbitragem é método de heterocomposição extrajudicial de resolução de conflito em que existe a eleição de terceiro, ou colegiado, imparcial com a atribuição de decidir o litígio entre as partes. Difere do método autocompositivo, pois é caracterizado pela situação adversarial, de interesses contrapostos (CAHALI, 2017, p. 109).

As partes, ao elegerem a arbitragem de comum acordo diante de um litígio ou anteriormente a este por intermédio de convenção, se submetem a decisão do árbitro, a qual faz coisa julgada e possui a mesma eficácia de uma sentença judicial (artigo 515, VII, do Código de Processo Civil) e em caso de não cumprimento da decisão poderá dar ensejo à execução forçada perante o poder judiciário, pois constitui título executivo judicial.

Neste sentido, interessante destacar que ao contrário da via judicial em que o juiz retira seu poder pela vontade da lei na via arbitral, o árbitro somente conquista o poder de dizer o direito por vontade das partes (BACELLAR, 2016, p. 130). Este árbitro não precisa ser bacharel em direito, bastando apenas ser capaz, decidindo a lide que versar sobre direitos patrimoniais disponíveis (BERALDO, 2014, p. 02).

No processo arbitral, há a possibilidade de optar por nomearem apenas um árbitro ou um grupo de árbitros para decidir sobre o litígio. Em ambas as opções pode haver a arbitragem *ad hoc*, ou

5. FERRAZ, Luciano. *Interesse Público. Os Dispute Boards no Projeto da Nova Lei de Licitações*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-22/dispute-boards-projeto-leilicitacoes>>.

seja, instituída para resolver determinada controvérsia ou a arbitragem institucional em órgão pré-constituído. Importante mencionar que os poderes e abrangência destes em relação ao árbitro são definidos pelas partes litigantes, em atenção à autonomia da vontade.

Ainda, Antonio Fichner, Nelson Manheimer e Nelson Monteiro (2019, p. 30) ensinam que a arbitragem consiste em método no qual o árbitro exerce a cognição nos limites estabelecidos pelas partes na convenção de arbitragem, decidindo a lide com autonomia e definitividade. Para os autores, quatro elementos fundamentais devem estar presentes na definição do instituto: (i) meio de solução de conflitos; (ii) autonomia privada das partes; (iii) terceiro imparcial com poder de decisão; e (iv) coisa julgada material.

As partes que desejam utilizar a arbitragem devem observar os requisitos de admissibilidade do juízo arbitral válido, a saber: em relação à matéria discutida (arbitralidade objetiva) e à capacidade para ser parte em processo arbitral (arbitralidade subjetiva). Nesta perspectiva, a Lei nº 9.307/96 em artigo inaugural define que só é possível a contratação da arbitragem por pessoas capazes e no tocante à resolução de litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

A Administração Pública, apesar de deter capacidade para contratar, somente teve autorização expressa com a reforma da lei da arbitragem (Lei nº 13.129/2015) que consagrou a arbitralidade subjetiva, permitindo a administração pública direta e indireta a utilizar o método arbitral para dirimir litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis.

A norma inserta no artigo 1º da Lei nº 9.307/96, em sequência à exigência de capacidade da pessoa para contratar, exige que o objeto do litígio diga respeito a um direito patrimonial disponível (CAHALI, 2017, p. 38). Observa-se que há o viés patrimonial e o da disponibilidade em primeira leitura do artigo.

Quanto à questão patrimonial, Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2012) afirma que direitos patrimoniais se referem aos quais os titulares têm plena disposição, ligados a esfera patrimonial e possuiriam por objeto um bem que integra o patrimônio da pessoa, este, por sua vez, com valor econômico a exemplo da posse, dos direitos reais e das obrigações.

No tocante à disponibilidade, são disponíveis os interesses que tratem de matérias que o Estado não delimita reserva específica em detrimento de interesses fundamentais da coletividade. São os bens que não possuem embaraços e podem ser livremente alienados ou negociados, tendo o alienante a capacidade jurídica para estes atos (CARMONA, 2009, p. 38).

O Código Civil de 2002 insere no artigo 852 que é vedado o compromisso para a solução de questões de estado, de direito pessoal de família e outras que não tenham caráter estritamente patrimonial. Nesta linha, arbitráveis seriam os direitos passíveis de alienar, transacionar ou renunciar. Isto é, direitos oriundos de relações jurídicas obrigacionais presentes em contratos.

Todavia, há a possibilidade de, no decorrer do processo arbitral já instaurado para dirimir litígio referente a direito patrimonial disponível, em via incidental, ser suscitada questão referente a direito indisponível. Nesta hipótese o árbitro deverá suspender ou extinguir a arbitragem, nos moldes do artigo 25 da Lei de Arbitragem.

As partes que elegem a arbitragem para dirimir seus conflitos, seja via cláusula arbitral ou compromisso arbitral, contam com a celeridade do método. Isto porque, de acordo com dados do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), a duração de procedimento arbitral instaurado no período de 2014 a 2018 é de 16,2 meses – baixo tempo de tramitação de

comparado ao judiciário (2 anos e 2 meses entre o início da ação e a sentença e 3 anos do início da ação à efetiva baixa)⁶.

A impossibilidade de interpor recursos contra a sentença arbitral, com a exceção dos pedidos de esclarecimentos (embargos arbitrais), também corrobora para a celeridade arbitral (FICHTNER, MANNHEIMER, MONTEIRO, 2019, p. 48). Além disso, há imposição legal, artigo 23 da Lei nº 9.307/96, para que a sentença arbitral seja proferida no prazo de seis meses, exceto se houver outro prazo estipulado pelas partes ou se estas concordarem com a prorrogação se o objeto do litígio for complexo e demandar mais tempo para análise.

Ademais, a possibilidade que as partes têm para determinar regras procedimentais, desde que consoantes com os princípios que norteiam o método extrajudicial (contraditório, igualdade entre as partes, imparcialidade e livre convencimento do árbitro) ou utilizar regras já estabelecidas por instituições arbitrais tende a conferir celeridade, reduzir a burocracia e afastar atos ineficientes, protelatórios ou inúteis (CAHALI, 2017, p. 35).

A flexibilidade do procedimento arbitral engloba também o modo de instauração da arbitragem, seja por cláusula compromissória ou compromisso arbitral, bem como a escolha dos árbitros, as alegações iniciais e a defesa das partes, a instrução do processo e a produção de provas, bem como a sentença arbitral.

Ponto de destaque da arbitragem é a especialidade do julgador em relação à matéria contratual. Apesar de constar do artigo 13 da Lei de Arbitragem que o árbitro pode ser qualquer pessoa capaz, o § 6º, dentre outros dispositivos, determina a competência para o desempenho da função, e neste caso, se relaciona à técnica (FICHTNER, MANNHEIMER, MONTEIRO, 2019, p. 50).

Sérgio Mourão Correia de Lima (2008, p. 21) assenta que diante de árbitros detentores de conhecimento técnico na matéria litigiosa as decisões tendem a ser mais acertadas em seu sentido técnico se comparadas às prolatadas pelo poder judiciário, onde há grande volume de serviço e generalidade nas decisões.

Nesta senda, a arbitragem proporciona eficiência processual, já que tende a ser célere e contar com profissionais especializados no objeto controverso, se assim for a escolha das partes, conforme artigo 13, § 1º, da Lei 9.307/96.

A instituição da arbitragem pode trazer vantagem econômico-financeira a depender do caso concreto, se árbitro *ad hoc*, por exemplo, a despesa irá incidir sobre o serviço do árbitro e peritos, geralmente discutidos os valores entre as partes. Se a arbitragem for via institucional, adiciona-se ao montante também uma parcela referente a serviços administrativos, bem como se submetem as partes a uma tabela de preços já estabelecida pela instituição (LIMA, 2008, p. 22 – 23).

Selma Ferreira Lemes⁷ analisa a vertente do custo-benefício do método arbitral, já que a transação de eventuais conflitos surgidos nas relações contratuais demanda tempo e este é menor na arbitragem. Ainda, defende a autora, sob a ótica do Direito Administrativo, que o custo do contrato diminui e o preço ofertado pode ser mais competitivo, a exemplo dos contratos de concessão de serviço público, nos quais haveria economia também na tarifa paga pelo usuário.

Em suma, os pontos positivos da arbitragem são a celeridade; flexibilização procedimental com respeito aos princípios do contraditório, ampla defesa e igualdade; especialização do árbitro;

6. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Departamento de Pesquisas Judiciárias. *Justiça em números*, Brasília, 2019, p. 221.

7. LEMES, Selma Ferreira. *Sete motivos para eleger a arbitragem em contratos empresariais e públicos*. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo62.pdf>>.

confidencialidade das informações oriundas do processo (quando não envolver a Administração Pública); custo-benefício das transações solucionadas em menor tempo; a eficácia da sentença arbitral e irrecorribilidade das decisões.

Com referência às desvantagens da arbitragem é possível abordar, primeiramente, a falta de coerção para cumprimento da sentença arbitral. Nos casos em que uma das partes, que de boa-fé contratou juízo privado para solucionar a lide, insubordinar-se diante de decisão desfavorável restará devida a submissão da execução ao poder judiciário.

Francisco José Cahali (2017) coloca que quando há o descumprimento de decisão arbitral ocorre situação de constrangimento no círculo empresarial que pode gerar desconfiância para estabelecer novas relações comerciais com aquele que se rebelou. A não obediência à sentença arbitral pode manchar a honra e a credibilidade perante aos demais, bem como impor sanções corporativas, além de submeter ao judiciário a execução da decisão e maiores ônus sucumbenciais.

A sentença arbitral, portanto, constitui título executivo contra o vencido, e, caso não seja dado o devido cumprimento, pode o vencedor demandar no poder judiciário o seu cumprimento. Cabe salientar, entretanto, que o juiz togado não poderá avaliar o mérito da decisão arbitral, mas apenas exercer o poder coercitivo e determinar o cumprimento da decisão.

Em mesmo sentido, e podendo ser visualizado como desvantagem da arbitragem, há a possibilidade de anulação da sentença arbitral pelo judiciário nas hipóteses elencadas no artigo 32 da Lei nº 9.307/96.

Em rol taxativo, será nula a sentença de arbitragem: se houver nulidade da convenção; sentença emanou de quem não poderia ser árbitro; ausência de elementos obrigatórios da decisão; decisão proferida fora dos limites da convenção; se incidente prevaricação, concussão ou corrupção passiva; proferida fora do prazo e se não respeitados os princípios norteadores.

Para Carlos Alberto Carmona (2009), as possibilidades elencadas que ensejam a nulidade da sentença pelo poder judiciário não tem o condão de quebrar a arbitragem e sim assegurar a validade do sistema.

Sobre o controle jurisdicional excepcional da arbitragem por intermédio de ação anulatória o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu, pela 3ª Turma, que a ação não pode ser utilizada quando há a mera inconformidade com o resultado da sentença arbitral pela parte sucumbente⁸

Outra desvantagem que pode ser analisada na utilização da arbitragem é a efetiva imparcialidade do árbitro. As partes tem a liberdade de escolher pessoa capaz e de confiança para julgar a lide, a Lei nº 9.307/1996 inseriu, no artigo 22, § 2º, que deve ser respeitado o princípio da imparcialidade, tanto que o árbitro precisa declarar a inexistência de qualquer fato impeditivo para o seu múnus.

Em verdade, deixou o legislador de preencher o conteúdo para tal moldura, ficando a cargo de códigos de ética das câmaras arbitrais por regular a situação caso o árbitro não possua o espírito da imparcialidade devida ao processo arbitral.

Acerca das vantagens e desvantagens do uso da arbitragem, é possível verificar que, a depender do objeto do litígio, que deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, a celeridade, a especialidade do julgador, a eficácia da sentença arbitral, a irrecorribilidade desta e a flexibilidade procedimental são pontos valiosos para o método.

8. *STJ vê mero inconformismo e nega anulação de sentença arbitral.* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-27/stj-ve-mero-inconformismo-nega-anulacao-sentenca-arbitral>>.

A negativa que circunda o método privado de resolução de litígios no que concerne à possibilidade de anulação da sentença pelo poder judiciário nas hipóteses em lei pode significar, de acordo com Carlos Alberto Carmona (2009), como um ponto positivo para a manutenção do instituto. Já a questão da parcialidade do árbitro pode, com o fim de estabelecer parâmetros éticos, contar com o auxílio dos códigos de instituições privadas.

Com relação ao descumprimento da decisão arbitral e a submissão ao juízo estatal para forçar o respectivo cumprimento da decisão, apesar de refletir em ponto negativo para a utilização do método, caso respeitada a boa-fé objetiva entre as partes, este é um custo transacional ínfimo.

3.2 Arbitragem na administração pública com a nova lei de licitações

O artigo 151 inaugura capítulo específico sobre o tema (Capítulo XII – Dos Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias).

Prefacialmente, tal dispositivo dispõe sobre quais situações podem ser aplicados os métodos privados de resolução de controvérsias quando uma das partes for o poder público. Em consonância com a delimitação feita na Lei de Arbitragem, o instrumento só poderia ser utilizado quando estivessem em litígio direitos patrimoniais disponíveis. É a denominada arbitralidade objetiva a que se refere a interesses de cunho patrimonial e que tratem de matérias que o Estado não delimita reserva específica em detrimento de interesses fundamentais da coletividade, conforme tratado anteriormente.

A Nova Lei de Licitações, entretanto, vai além e, em rol exemplificativo a partir da conjunção “como” disposta no parágrafo único do artigo 151, dispõe sobre as questões que podem ser objeto dos métodos privados, são elas: restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, inadimplimento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e o cálculo de indenização.

Quanto ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, garantido pela Constituição Federal no artigo 37, XXI, no ajuste entre a Administração e o particular devem ser mantidas as condições efetivas da proposta. Desta forma, as cláusulas financeiras do contrato referentes ao preço e critérios de ajustamento podem ser discutidas via arbitragem para que seja concretizada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Os casos de inadimplimento de obrigações contratuais decorrentes dos contratos administrativos podem ser de diversas espécies, quando em relação ao contratado agindo com ou sem culpa. Uma excelente previsão na novel lei é que independe do causador da infração contratual para permitir a arbitralidade.

A Lei ainda prevê a utilização da arbitragem nos contratos administrativos como método para cálculos de indenização. Vale destacar que neste sentido a Lei 13.867/2019 inovou ao permitir expressamente no artigo 10-B a utilização da arbitragem para cálculo de indenização nas desapropriações por utilidade pública.

Sendo feita a opção pela arbitragem, o poder público poderá promover celeridade, flexibilidade procedimental e melhor custo-benefício em relação às controvérsias oriundas de contratos administrativos. Além disso, soma-se a especialidade do árbitro julgador, a segurança da eficácia de sua sentença arbitral e a irrecorribilidade das decisões.

Entretanto, ainda cabe elucidar alguns pontos que representam entraves à utilização do método arbitral pela Administração Pública: a questão do dever de publicidade e a forma de contratação das entidades especializadas que fazem a gestão do procedimento.

A publicidade, princípio dirigente da atividade administrativa do Estado, disposta no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal poderia ser um obstáculo para a arbitralidade pública, isso porque a arbitragem privada prevê a confidencialidade.

Entretanto, a Lei 9.307/1996, no artigo 2º, parágrafo 3º, consagrou, após a reforma trazida pela Lei 13.129/2015, que o procedimento da arbitragem quando envolver a Administração Pública respeitará o princípio da publicidade. Ainda, a NLL também dispõe que deverá ser respeitado o referido princípio, a teor do artigo 152.

Isto porque a resolução de conflitos que tenham a Administração Pública em um dos polos se reflete em indiscutível interesse da coletividade, justificando a transparência dos atos dentro do procedimento, até a sentença final.

Gustavo da Rocha Schmidt (2018) observa, entretantes, que o princípio da publicidade não é absoluto e poderá ser mitigado a pedido das partes, ao passo em que informações possam colocar em risco a segurança da sociedade ou do Estado, bem como na hipótese da divulgação da informação resultar em ofensa a direitos individuais, como segredos comerciais, patentes, dentre outros. Ainda, poderá ocorrer sigilo quando a publicidade colocar em risco direitos de terceiros que tenham natureza sigilosa.

Com relação ao sujeito a quem se aplicaria a obrigação de dar publicidade aos atos, é intrínseco da atividade administrativa e não da atividade privada. Portanto, aos árbitros prestadores dos serviços não caberia obrigação de dar transparência ao procedimento. Esta seria a incumbência da Administração Pública, ao publicar em Diário Oficial os atos do procedimento, bem como a sentença final, com a possibilidade de obtenção de demais documentos a eventuais interessados (SCHMIDT, 2018).

A forma de contratação da arbitragem pela Administração Pública foi brevemente tratada no artigo 154. O referido dispositivo enuncia que o poder público poderá valer-se de (i) árbitros por intermédio da arbitragem *ad hoc*, (ii) de instituições de arbitragem e (iii) de comitês de resolução de disputas (*dispute boards*). A escolha destes atores do procedimento arbitral, no entanto, deve ser pautada na isonomia, técnica e transparência.

Diferente da perspectiva da arbitragem privada, na qual todo o processo de escolha da ferramenta é feita com ampla liberdade, a arbitragem envolvendo a Administração Pública deve observar critério diferente, em consonância ao princípio da legalidade, basilar na atividade administrativa.

Neste sentido, há o dispositivo na Lei Fundamental que dispõe sobre a observância ao princípio da legalidade (artigo 37, *caput*), bem como do dever geral de licitar (artigo 37, XXI), ressalvados os casos específicos em lei. Estes casos estão previstos na Lei, enquanto hipóteses em que a licitação é dispensável e inexigível.

No caso da contratação de árbitros, instituições de arbitragem ou profissionais para compor comitês de resolução de disputas, poderiam ser considerados como serviços técnicos profissionais especializados, conforme requisito autorizador de inexigibilidade.

Marçal Justen Filho⁹, por sua vez, pondera que a imparcialidade do árbitro, essencial para o desenvolvimento da arbitragem, impede que haja vínculo contratual entre as partes, desta forma, não se falaria em prestação de serviços em benefício da parte. Ainda, o autor assenta que a escolha dos árbitros ou câmaras seriam atos discricionários da Administração.

9. JUSTEN FILHO, Marçal. *Administração pública e arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros*. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/pdfs/IE110/IE%20110%20%20MJF%20%20Escolha%20de%20Institui%3%a7%c3%b5es%20e%20%20c3%81rbitros%20e%20a%20Lei%20de%20Licita%3%a7%c3%b5es.pdf>>.

O Decreto 10.025/2019 dispôs, no âmbito da administração pública federal, sobre as regras da arbitragem nos setores, portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e, no artigo 3º, V, deu preferência para a arbitragem institucional. Nesta, regulou a escolha das câmaras por intermédio de credenciamento realizado pela Advocacia-Geral da União, desde que (i) esteja em funcionamento regular como câmara arbitral há pelo menos três anos; (ii) ter notória idoneidade, competência e experiência na realização de procedimentos arbitrais; e (iii) ter regulamento próprio em língua portuguesa.

O instituto do credenciamento nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, artigo 79, está presente na NLL de modo mais elucidativo, em que pese anteriormente já era usada mesmo sem previsão explícita na lei¹⁰.

No que concerne à assistência jurídica da Administração Pública no conflito, a Lei nº 13.140/2015, sob o viés da solução extrajudicial de controvérsias, dispõe sobre a autocomposição de lides na administração pública, e, no artigo 32, autoriza a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos sob a responsabilidade dos órgãos da Advocacia Pública.

A competência destas câmaras é de, entre outros, solucionar conflitos entre entes e órgãos da própria administração pública, bem como autorizar a instauração de autocomposição em litígio envolvendo o poder público e o particular.

Ao longo do disposto, conclui-se que o legislador, no projeto de lei da “Nova Lei de Licitações” se limitou a determinar que o processo de escolha dos árbitros ou das instituições de arbitragem e comitês de resolução de disputas deve pautar-se em critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

4 Decisões judiciais do Brasil sobre a arbitragem nos contratos administrativos

As decisões judiciais brasileiras acerca da arbitragem nos contratos administrativos orbitam predominantemente em torno da validade da cláusula arbitral ante a possibilidade de a administração pública se afastar da jurisdição estatal. Isto se deve ao objeto passível, bem como da previsão da cláusula arbitral em instrumento convocatório de licitação, incidindo ou não a obrigatoriedade da submissão ao juízo arbitral.

Sobre o objeto da arbitragem na administração pública, denominada arbitralidade objetiva, restringida a direitos patrimoniais disponíveis, cabe destacar o julgamento do STJ de Agravo Regimental no Mandado de Segurança 11.308/DF¹¹, que tratou sobre a possibilidade de cláusula compromissória arbitral em contrato administrativo, a teor do voto do Ministro relator, Luiz Fux:

Nestes termos, resta afirmar que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que não significa dizer disponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público.

Ora, tratar de direitos disponíveis, ou seja, de direitos patrimoniais, significa valer-se da possibilidade de transferi-los a terceiros, porquanto alienáveis. Nesta esteira, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário,

10. Acórdão TCU 768/2013 – Plenário: Auditoria de Conformidade. Contratação direta. Credenciamento. *A despeito da ausência de expressa previsão legal do credenciamento dentre os casos de inexigibilidade de licitação previstos na Lei 8.666/1993, nada impede que a instituição contratante lance mão de tal procedimento e efetue a contratação direta entre diversos fornecedores previamente cadastrados que satisfaçam os requisitos estabelecidos pela administração.* Para tanto, deve-se demonstrar, fundamentalmente, a inviabilidade de competição, a justificativa do preço e a igualdade de oportunidade a todos os que tiverem interesse em fornecer o bem ou serviço desejados. Determinação.

11. STJ, Primeira Seção, AGRG no MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 28.06.2006, DJ de 14.08.2006.

destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

Conforme enuncia o voto do Ministro, a opção pela arbitragem enquanto instrumento para solucionar conflitos de ordem de direitos patrimoniais disponíveis não fere a indisponibilidade do interesse público.

O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de acórdão da Ministra Relatora Nancy Andrighi, se manifestou também em relação à validade do compromisso arbitral realizado por sociedade de economia mista com o particular ainda que não conste previsão arbitral no edital de licitação, conforme ementa¹²:

Processo civil. Recurso especial. Licitação. Arbitragem. Vinculação ao edital. Cláusula de foro. Compromisso arbitral. Equilíbrio econômico financeiro do contrato. Possibilidade.

[...]

5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.

7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.

8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.

9. A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido.

Ainda, sobre a validade de cláusula arbitral nos contratos administrativos envolvendo sociedades de economia mista e particulares, convém citar os casos da Copel em face da UEG Araucária e da Compagás em face do Consórcio Carioca-Passarelli. Ambas as decisões judiciais decidiram pela manutenção das cláusulas arbitrais, conforme ementa do acórdão¹³:

COMPROMISSO ARBITRAL – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO – EXPLORAÇÃO DE GÁS CANALIZADO NÃO CARACTERIZA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, MAS ATIVIDADE DE REGIME PRIVADO – NÃO ENVOLVE DIREITOS INDISPONÍVEIS – CONTRATO ADMINISTRATIVO – ADMISSIBILIDADE DA ARBITRAGEM – VÍCIOS DO COMPROMISSO NÃO

12. STJ, 3ª T, RESP 904813/PR, Relª. Minª. Nancy Andrighi, j. em 20.10.2011, DJe de 28.02.12

13. Acórdão 247646-0 TJ-PR. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1190885/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-247646-0>>.

CONFIGURADOS – RECURSO IMPROVIDO. A atividade desenvolvida pela autora, ou seja, a exploração dos serviços de gás canalizado, não constitui prestação de serviço público, mas atividade que se compreende no regime jurídico próprio das empresas privadas (Constituição Federal, art. 173, § 1º, II). O fato de envolver licitação não significa obstáculo para que as partes resolvam seus conflitos por arbitragem. Admissível nos contratos administrativos a solução dos conflitos por meio de compromisso arbitral.

Diante de algumas decisões acima mencionadas é possível constatar que os tribunais e cortes superiores têm o entendimento de que a utilização da arbitragem pela administração pública, seja por cláusula ou compromisso arbitral é válida, quando se tratando de direitos patrimoniais disponíveis.

4 5 Considerações finais

O contrato administrativo firmado entre a Administração Pública e terceiros tem por característica a derrogação das normas de direito privado prevalecendo as de direito público em nome da supremacia do interesse público sobre o privado.

Portanto, apesar de o contrato administrativo ser espécie do gênero contrato, possui características e atributos próprios, a saber: necessidade de serem precedidos, em regra, de procedimento licitatório; caráter formal, em regra, oneroso e *intuitu personae*; comutativo e detentor de prerrogativas (alteração e rescisão unilaterais, fiscalização, aplicação de sanções e exigência de garantia). Estas prerrogativas tem o condão de atribuir mutabilidade ao contrato, diferente da esfera privada, desde que preservado o equilíbrio econômico financeiro contratual.

Neste íterim, estabelecido um negócio jurídico, é possível e comum que existam conflitos e, conseqüentemente, necessidade de dirimi-los por meio dos métodos legalmente existentes.

Apesar de a grande maioria das demandas desaguarem no Poder Judiciário, é evidente a crescente busca pela efetividade e celeridade na resolução de disputas. Diante desta realidade ganham espaço os métodos extrajudiciais de solução de conflitos (MESCs), conforme profundamente abordado nos capítulos anteriores: conciliação e mediação (Lei nº 13.140/2015), negociação (diálogo de boa-fé entre as partes), *dispute boards* e arbitragem (Lei nº 9.307/1996 reformada pela Lei nº 13.129/2015).

A autocomposição gera efeitos positivos quanto à auto responsabilidade das partes envolvidas no conflito para atingir uma solução, isto é possível na conciliação, mediação e negociação. Os comitês de resolução de disputa, por sua vez, geram a prevenção ou resolução de conflitos ao emitirem pareceres exarados por técnicos conhecedores do objeto contratual ao longo da execução.

Por outro giro, e de claro enfoque neste estudo, há a arbitragem como método heterocompositivo no qual as partes elegem árbitro privado com amplo conhecimento sobre o tema a fim de que profira decisão sobre a controvérsia. A Lei nº 9307/1996, marco regulatório brasileiro da arbitragem, autorizou expressamente com a reforma trazida pela Lei nº 13.129/2015 a possibilidade de utilização da arbitragem pela administração pública direta e indireta, desde que relativa a direitos patrimoniais disponíveis.

A eleição dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos caminha lado à democratização da Administração Pública, sob o viés de reduzir o caráter arbitrário e a verticalização dos contratos administrativos somados aos privilégios processuais do poder público junto ao poder judiciário.

A arbitragem pode ser instaurada por intermédio de compromisso arbitral ou de cláusula arbitral. Nesta, não há impossibilidade de constar do contrato ao lado de cláusulas de foro. Conforme demonstrado, isto é perfeitamente possível, desde que sejam delimitadas as atribuições de cada uma,

sendo possível, inclusive, que as arbitrais tratem de direitos patrimoniais disponíveis e as judiciais de direitos indisponíveis.

No que tange às vantagens e desvantagens do método, foi possível constatar que a impossibilidade de apresentação de recursos, o prazo de seis meses para a conclusão do procedimento e a flexibilização procedimental conferem celeridade à resolução de controvérsias. Ademais, a especialidade técnica do julgador e o custo-benefício somam-se às qualidades da arbitragem.

Quanto às desvantagens percebidas em relação ao próprio meio de resolução de conflitos, está a falta de coerção das decisões arbitrais, que, se não cumpridas, podem desaguar no judiciário, bem como as hipóteses de anulação da arbitragem se não observadas regras formais e a falta de critérios em relação à imparcialidade do julgador.

A Nova Lei de Licitações auxilia na consolidação do instituto arbitral na Administração Pública pelo motivo de o legislador ter reservado capítulo especial para tratar do tema na parte relativa aos contratos administrativos e, neste sentido, pode significar a aplicabilidade do método pelo poder público de modo a garantir o atendimento ao interesse público.

A via arbitral, vide julgados analisados, já é caminho conhecido da Administração Pública, porém, a arbitralidade objetiva, ou seja, o objeto passível de arbitragem ainda poderia gerar dúvidas nos operadores do direito. Na referida Lei da Arbitragem está claro que o objeto passível de arbitragem são direitos patrimoniais disponíveis. A Nova Lei de Licitações exemplificou os casos em que incidem estes objetos, facilitando a decisão pela utilização da via extrajudicial.

Conforme verificado, envolvem direitos patrimoniais disponíveis, e, portanto, são arbitráveis questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenização. Estas questões não ferem o interesse público, mas têm a possibilidade de tornarem mais ágil a resolutividade dos conflitos.

Quanto aos possíveis entraves a serem enfrentados pela utilização do método extrajudicial heterocompositivo, existe a necessidade de a Administração Pública se responsabilizar em dar publicidade aos procedimentos resultantes da arbitragem, bem como definir como será feita a contratação dos serviços.

A reforma trazida pela Lei nº 13.129/2015 à Lei de Arbitragem fez constar que a arbitragem envolvendo a Administração Pública deve obedecer à publicidade. No mesmo sentido o fez a Nova Lei de Licitações e isto se justifica dado o interesse da coletividade quando o ajuste envolve o poder público, assim, os atos procedimentais e a sentença final devem constar em publicação nos meios oficiais. Em casos específicos esta publicidade pode ser mitigada, como quando a divulgação oferecer risco à segurança da sociedade e do Estado.

No que concerne à contratação, a Nova Lei de Licitações condiciona o atendimento à isonomia, técnica e transparência, justificado pelo princípio da legalidade a que a Administração Pública tem sua atividade adstrita. À exemplo do Decreto nº 10.025/2019 que rege a arbitragem no setor portuário, de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, a arbitragem pode ser instaurada por credenciamento realizado pela Advocacia Geral da União. Nesta toada, recomenda-se a regulamentação

do modo de contratação para aumentar o interesse de potenciais Câmaras Arbitrais e segurança jurídica aos gestores públicos para implementarem tais ajustes.

Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte, Fórum, 2007.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2016

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL ENGENHARIA. *Dispute Boards, Uma Nova Opção para Conflitos Na Construção*. *Revista Engenharia*, Edição 621, 2014. Disponível em: <http://www.brasilengenharia.com/portal/images/stories/revistas/edicao_621/621_div_04.pdf>.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Câmara conclui votação do projeto da nova Lei de Licitações; texto retorna ao Senado*. Agência Câmara Notícias. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/586487-camara-conclui-votacao-do-projeto-danova-ei-de-licitacoes-texto-retorna-ao-senado/>>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 3. T, *RESP 904813/PR*, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20.10.2011, *DJe* de 28.02.12.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção, *AGRG no MS 11.308/DF*, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 28.06.2006, *DJ* de 14.08.2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 768/2013 – Sessão de 03/04/2013*. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1268322/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Acórdão 247646-0*. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1190885/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-247646-0>>.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. Conciliação, mediação, resolução CNJ 125/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009.

COAD. *A regulamentação dos dispute boards no Brasil*. Disponível em: <<http://coad.com.br/home/noticias-detalle/96108/entrevista-a-regulamentacao-dos-dispute-boards-nobrasil>>.

CONJUR. *STJ vê mero inconformismo e nega anulação de sentença arbitral*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-27/stj-ve-mero-inconformismo-nega-anulacao-sentenca-arbitral>>.

COUTO, Reinaldo. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva Educação, 3. ed. 2019

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FICHTNER, Antonio, J., MANNHEIMER, Nelson, S., MONTEIRO, Luís, A. *Teoria Geral da Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Natureza jurídica dos contratos administrativos. Renegociação das dívidas dos Estados-Membros da União e seus reflexos na execução da política orçamentária*. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Curitiba, Juruá, nº 5, 2000.

GRAU, Eros Roberto, “*Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória*”, Pareceres, Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, 2002.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale Almeida. *Manual dos MESCs: meios extrajudiciais de solução de conflitos*, São Paulo: Manole, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Administração pública e arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros*. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/pdfs/IE110/IE%20110%20%20MJF%20%20Escolha%20de%20Institui%3%a7%3%b5es%20e%20%20c3%81rbitros%20e%20a%20Lei%20de%20Licita%3%a7%3%b5es.pdf>>.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LEMES, Selma Ferreira. *Sete motivos para eleger a arbitragem em contratos empresariais e públicos*. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo62.pdf>>.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Arbitragem: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MACHADO, Matheus Oliveira. *A Aplicabilidade dos Dispute Boards no Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. Revista de Doutrina e Jurisprudência/Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vol. 110, n. 1, jul./dez, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SALES, Lilia Maia de Moraes e RABELO, Cilana de Moraes Soares. *Meios consensuais de solução de conflitos: Instrumentos de democracia*, Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 2009

REIS, Luciano Elias. O fortalecimento da consensualidade e o declínio das cláusulas exorbitantes? *Revista Informativo de Licitações e Contratos*, 170, p. 366-376, abr. 2008

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Arbitragem na Administração Pública*. Curitiba: Juruá, 2018