

A ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

[\[ver artigo online\]](#)

Dartagnan Donoso¹

Márcio Pereira Bassani²

RESUMO

Este texto tem como objetivo apresentar uma discussão relacionada à utilização de arbitragem em contratos com o poder público, mais especificamente, nas contratações públicas. Para isso, fundamentados metodologicamente nos pressupostos da pesquisa qualitativa, de caráter descritivo bibliográfico, buscou-se, a partir de legislações vigentes e doutrinas estabelecer algumas articulações teóricas relacionadas à aplicabilidade deste princípio na administração pública. Tais articulações mostram que a doutrina vem se posicionando no sentido de que há uma certa divisão no nível do interesse público quanto ao objeto analisado, no sentido de que somente quando for primário, ou seja, realmente essencial a natureza do coletivo, é que carece de gozar da indisponibilidade do interesse público, mas nos demais casos, que sejam de interesse secundário e tratem de situações econômicas, é plenamente aceitável e até benéfico o uso da arbitragem pela Administração Pública. Além disso, verifica-se que o procedimento, quando instalado, traz como resultado decisões extremamente técnicas, com árbitros especialistas, obedecendo a eficiência e trazendo celeridade nas decisões de um país em que ainda há muito que se fazer pelo setor de infraestrutura, por exemplo, afastando decisões errôneas de pregoeiros e servidores, que na maioria das vezes não detém do conhecimento técnico para proferir uma decisão.

Palavras-chave: Arbitragem. Contratações Públicas. Direito.

1 Acadêmico de Direito Dartagnan Donoso. E-mail: dartagnan.mayne@gmail.com. Artigo apresentado a Faculdade Interamericana de Porto Velho - UNIRON, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito Porto Velho, 2022.

2 Professor Orientador. Especialista em Direito Processual Civil. E-mail: marcio.bassani@uniron.edu.br.



ARBITRATION AS A MECHANISM FOR CONFLICT RESOLUTION IN PUBLIC PROCUREMENT PROCESSES

ABSTRACT

This text aims to present a discussion related to the use of arbitration in contracts with the government, more specifically, in public contracts. For this, methodologically based on the assumptions of qualitative research, bibliographical descriptive character, it was sought, from current legislation and doctrines, to establish some theoretical articulations related to the applicability of this principle in public administration. Such articulations show that the doctrine has been positioning itself in the sense that there is a certain division at the level of public interest regarding the analyzed object, in the sense that only when it is primary, that is, the nature of the collective is really essential, does it lack enjoy the unavailability of the public interest, but in other cases, which are of secondary interest and deal with economic situations, the use of arbitration by the Public Administration is fully acceptable and even beneficial. In addition, it appears that the procedure, when installed, results in extremely technical decisions, with expert referees, obeying efficiency and bringing speed to decisions in a country where there is still a lot to be done by the infrastructure sector, for example, warding off erroneous decisions by auctioneers and servers, who in most cases do not have the technical knowledge to make a decision.

Keywords: Arbitration. Public Contracting. Right.

1. INTRODUÇÃO

O processo que envolve uma contratação no ambiente público é complexo e composto por uma série de detalhes. Não à toa, as repartições públicas costumam ter, em seu organograma, setores e departamentos responsáveis especificamente pelos processos de contratações em suas diversas naturezas, pregão, licitação, compra direta, dentre outras.

Dentre as dificuldades que englobam o processo de contratação pública, uma delas é a denominada “burocracia” que se relaciona aos diversos, variados e complexos atos que envolvem as contratações, como pareceres, recursos, análises jurídicas, certidões, dentre muitas outras.

Dadas tais dificuldades, a administração pública, por vezes, lança mão de alguns recursos para resolução de conflitos que envolvem suas contratações e, dentre tais mecanismos, está a chamada arbitragem.

Conhecido como um mecanismo típico do direito privado, o instituto passou a ser considerado para contratos que envolvem a Administração Pública recentemente. Tal possibilidade foi prevista expressamente por meio da Lei nº 13.129, de 26.05.2015, que instituiu Novo Código de Processo Civil, e dispõe logo em seu artigo 1º que “[...] a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 2015).

Neste sentido, o presente texto objetiva apresentar uma discussão relacionada à utilização de arbitragem em contratos com o poder público, mais especificamente, nas contratações públicas.

Em termos gerais, o trabalho apresenta uma articulação teórica sobre a praticidade e agilidade na resolução de conflitos via arbitragem nos processos de contratações públicas e os limites de sua utilização.

Com relação aos aspectos metodológicos adotados nesta pesquisa, fez-se uso dos pressupostos defendidos pela pesquisa qualitativa de caráter descritivo e bibliográfico, que, conforme define Stake (2016), trata-se de uma metodologia de estudo de natureza analítica e teórica, que objetiva a investigação de um

determinado fenômeno, geralmente contemporâneo, dentro de um contexto acadêmico. Trata-se da análise de um ou mais casos que permitem um amplo e detalhado conhecimento destes.

Assim, para o desenvolvimento da pesquisa, proceduralmente, aplicou-se a denominada pesquisa pura (teórica), com foco na pesquisa descritiva, dedutiva-bibliográfica (STAKE, 2016), tendo como ferramentas as pesquisas, objetivando a busca do respaldo doutrinário acerca do tema, para fundamentarmos, sustentarmos e esclarecermos aspectos teóricos discutidos: bibliográfica, por meio de livros e artigos científicos; documental, com fundamento na legislação vigente, especialmente, a Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) e leis complementares, além das leis que versam sobre as contratações públicas; empírica, por meio de jurisprudências e correntes jurídicas que tratam do tema.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 ASPECTOS LEGAIS DA ARBITRAGEM: DO DIREITO PRIVADO AO PÚBLICO

Com a promulgação de Lei nº 9.307/1996 (BRASIL, 1996), decorrida de um movimento mundial de adoção de solução de conflitos por meios extrajudiciais e alternativos, o ordenamento jurídico brasileiro começou a contar com um importante mecanismo para obter decisões mais céleres e técnicas, considerando a especificidade dos mais diversos temas tratados pelo instituto: a arbitragem.

Entretanto, a referida lei veio com uma omissão importante acerca da possibilidade, ou não, da Administração Pública utilizar-se desse novo mecanismo. Assim, ainda que a previsão não tivesse sido expressa, a utilização do mecanismo pela Administração Pública já era prevista em alguns contratos administrativos no setor de energia, por exemplo, o que resultou em diversos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários acerca do assunto e que prevalecem até os dias atuais, mesmo após a edição da Lei nº 13.129 (BRASIL, 2015), publicada pelo então presidente Michel Temer.

A lei supracitada previu expressamente a utilização da arbitragem pela Administração Pública, cujo entendimento jurisprudencial passou a ser consolidado sobre a temática, bem como a doutrina pragmática e contemporânea começou a discutir o assunto (JUSTEN FILHO, 2016).

Ainda segundo Justen Filho (2016), a prestação jurisdicional no Brasil conta com morosidade exacerbada, a qual pode-se atribuir responsabilidade não somente à precariedade do sistema judiciário, como também a própria cultura processualista existente no país.

Sobre isso, é importante ressaltar que em agosto de 2018, o Conselho Nacional de Justiça informou que, naquela data, 80 milhões de processos estavam em tramitação em todo o país aguardando uma definição.

Assim, ante a má gestão social do sistema jurídico e judiciário nacional, os meios extrajudiciais de resolução de conflitos fizeram-se necessários, daí surge o interesse pelo arbitramento, e este começa a ser adotado pelas partes. Viu-se na conciliação e na arbitragem uma válvula de escape que poderia ser bem-sucedida, notadamente pela celeridade em que ela se desenvolve.

A arbitragem é um dos meios alternativos de resolução de conflitos, por meio de um contrato, onde as partes se comprometem a submeter uma controvérsia relativa a direitos patrimoniais disponíveis à decisão de um árbitro, ou um tribunal arbitral (OLIVEIRA, 2016).

Lemes define a arbitragem como

[...] um procedimento arbitral é autônomo, não ocorrendo a intervenção estatal, visto que a decisão proferida por esse tribunal tem a mesma força de sentença judicial. O Poder Judiciário apenas poderá intervir no juízo arbitral, se houver a necessidade de concessão da medida de urgência, tendo em vista que os árbitros, diferentemente dos juízes, não podem se valer da força (LEMES, 2007, p. 44).

Carmona (2009, p. 73) complementa que se trata de “um meio heterocompositivo de resolução de conflitos, diferenciando-se da conciliação e mediação, que são meios autocompositivos, tendo em vista que as partes não se vinculam a opinião do conciliador ou mediador”.

Consagrando o entendimento e a necessidade de um método mais eficaz na resolução de conflitos, o Código de Processo Civil de 2015 inovou e reafirmou os métodos alternativos de solução de conflitos como uma importante ferramenta de acesso à justiça.

Grinover, Dinamarco e Cintra (2006) expõem algumas adversidades à jurisdição estatal que acabam por evidenciar as vantagens de se escolher métodos alternativos para a resolução da lide. Para os autores, uma dessas adversidades é a longa duração dos processos judiciais, pois o processo judicial possui diversas etapas e muitas vezes o processo se estende por muito tempo, tornando a justiça morosa e muitas vezes ineficiente.

Cumprir destacar que, os meios alternativos de resolução de conflitos como conciliação, mediação e arbitragem são resultados de um verdadeiro movimento pela consensualidade (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2006). Em 2010, por meio da Resolução nº 125 de 29 de novembro do mesmo ano (BRASIL, 2010), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deu um importante passo para o estímulo da consensualidade (JUSTEN FILHO, 2016).

A resolução incumbiu aos órgãos judiciários de oferecer mecanismos de soluções de conflitos e também de prestar atendimento e orientação aos cidadãos. Assim, foi determinado aos Tribunais uma criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (CEJUSCS), para serem realizadas sessões de conciliação e mediação pré-processuais.

Em 2015, o então novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) reafirmou e prestigiou ainda mais a consensualidade, pois, em seu art. 3º, está disposto que o Estado tem a função de promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, que deve ser incentivada por todas as instituições ligadas à justiça, antes e durante o processo. Nos parágrafos do referido artigo, já é possível visualizar essa nova visão ao acesso à justiça, pois a ação judicial passa a ser residual para o estabelecimento da paz social (CARMONA, 2009).

A convenção de arbitragem é o negócio jurídico por meio do qual a arbitragem é firmada. Nela, as partes, exercendo sua autonomia privada, afastam o Poder Judiciário e submetem o conflito a um Tribunal Arbitral (JUSTEN FILHO, 2016) e, tal

ato, se subdivide em duas espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, conforme dispõe o art. 3 da Lei nº 9.307 (BRASIL, 1996).

Com relação a tais espécies, Lemes (2007, p. 69) explica que

A espécie denominada cláusula compromissória, consiste na previsão da utilização do processo arbitral em eventuais conflitos futuros que possam surgir, a respeito de direitos patrimoniais disponíveis, num determinado contrato. Já o compromisso arbitral, é a espécie pela qual as partes firmam, num documento apartado, a convenção de arbitragem.

O artigo 9º da Lei de Arbitragem o define como “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas” (BRASIL, 1996).

É por meio desse procedimento que as partes decidirão a maneira em que o procedimento se dará, o idioma, o objeto a ser discutido, o lugar em que a arbitragem se instalará, a câmara arbitral, bem como se o conflito será solucionado por um árbitro único ou por um tribunal arbitral composto por três árbitros, considerando sempre a natureza jurídica do mecanismo, conforme será detalhado na sequência.

2.2 A NATUREZA JURÍDICA DO MECANISMO DE ARBITRAGEM

No âmbito do direito, considera-se pacificado o entendimento da doutrina brasileira de que a arbitragem possui natureza jurisdicional (JUSTEN FILHO, 2016). Isto pois o procedimento decorre de instauração prevista em lei, assim, a arbitragem é resultado da vontade do Estado, que elaborou norma regulamentadora do instituto.

Nesse diapasão, é o entendimento de Cahali (2018, p. 140), ao argumento de que “[...] o instituto exerce idêntica função e produz os mesmos efeitos que a atividade jurisdicional do Estado”, e ainda, sobre o alargamento do conceito de jurisdição com o fim de incorporar outros mecanismos de solução de conflitos defendido por Salles (SALLES, 2011, p. 704), para quem “a assimilação pelo sistema jurídico brasileiro de mecanismos alternativos [...] leva a uma nova consideração do próprio conceito de jurisdição”.

Neste contexto, para o autor supracitado, uma visão contemporânea de jurisdição e destaca “suas características de função e atividade e abrandar sua consideração enquanto poder estatal” (SALLES, 2011, P. 705).

Para Dinamarco (2013), a jurisdição é uma atividade que possui três objetivos: jurídico, social e político. O primeiro significa afirmar o direito; o segundo, solucionar o conflito; e o terceiro, afirmar a soberania do Estado.

A necessidade de uma simbiose entre esses três objetivos é que forma a jurisdição, ou seja, o objetivo jurídico é atingido a partir do momento em que o árbitro apresenta uma solução para a lide, afirmando o direito em sua sentença (JUSTEN FILHO, 2016).

Assim, o objetivo social é alcançado quando o árbitro soluciona a lide, pondo fim a controvérsia e solucionando o problema do caso em disputa, e o político quando a soberania do Estado é atingida, por meio do reconhecimento da validade à arbitragem, que pode ser verificada na Constituição e na legislação específica, como na lei 9.307/1996, a lei 11.079/2004 e a lei 13.129/2015.

Para fins de constatação da jurisdicionalidade, destaca Dinamarco (2013, p. 37):

O que há de fundamental é o reconhecimento da função de pacificar pessoas mediante a realização de justiça, exercida tanto pelo juiz togado quanto pelo árbitro [...] eliminada a necessidade de homologação e, portanto, sendo a sentença arbitral eficaz por si própria, ela é, tanto quanto a do juiz, um ato de pacificação social e, portanto, jurisdicional.

Tal entendimento sustenta os ensinamentos de Carmona (2009) que afirma ter o legislador adotado a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pois concedeu à sentença arbitral a natureza de título executivo judicial, conforme o artigo 31 da Lei 9.307/1996.

Embora haja farto entendimento acerca da jurisdição da arbitragem, ainda existe parte da doutrina que a considera contratual. Os doutrinadores que a seguem, afirmam que a arbitragem nasce de um contrato, de uma convenção privada, bem como os poderes dos árbitros. Adotam o posicionamento no sentido de que os

poderes do árbitro nascem de uma vontade privada, portanto, sua origem seria contratual (JUSTEN FILHO, 2016).

No entanto, existe a linha doutrinária que defende a arbitragem como sendo de natureza híbrida, ou seja, sua origem é contratual, mas o seu objeto é jurisdicional. Esse é o entendimento adotado por Lemes (2007, p. 62):

Em muitas legislações, a arbitragem encontra-se regulada no estatuto processual, mas não é o caso brasileiro em que temos o novo Código Civil dispendo sobre o compromisso (arts. 851 a 853), tal como disciplinava o anterior de 1916, e a Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, que pode ser considerada como norma de Direito Processual.

O entendimento adotado pelo estudo é o de que a arbitragem possui natureza híbrida, visto que não há que se desconsiderar a origem privada, ou seja, contratual, do instituto, bem como não há como afastar sua natureza jurisdicional.

2.3 A SUBJETIVIDADE E A OBJETIVIDADE DO MECANISMO DE ARBITRAGEM

Conforme destaca Justen Filho (2016) a convenção de arbitragem pode ser considerada limitada, por duas principais razões. A primeira em vista de quem pode celebrá-la, e a segunda em razão das matérias que podem ser submetidas aos árbitros.

Nesse sentido, conforme destaca Salles (2011), a doutrina define a arbitragem subjetiva como sendo a capacidade das partes para contratar, e a objetiva como sendo o assunto a ser colocado à apreciação dos árbitros.

A respeito da arbitragem subjetiva, a Lei de Arbitragem, em seu art. 1º, dispõe que, apenas as “pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”. Logo, apenas as pessoas com capacidade plena de exercício de direitos podem utilizar-se arbitragem (SALLES, 2011).

Assim, nota-se que a preocupação da lei é a de assegurar que as partes estejam aptas a escolher a via arbitral e as diversas escolhas que o processo arbitral apresenta, como a definição da lei aplicável, a escolha dos árbitros, a escolha das matérias da arbitragem, dentre outras coisas (DINAMARCO, 2013).

Por sua vez, a arbitragem objetiva determina que apenas os conflitos decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis é que serão passíveis de submissão ao juízo arbitral (BRASIL, 1996). A Lei não dispõe quais são os direitos não patrimoniais e nem as matérias indisponíveis. É necessário um estudo aprofundado no ordenamento jurídico para desvendar quais matérias podem, ou não, ser submetidas ao processo arbitral.

Lemes (2007, p. 114) esclarece que, de um modo geral, não são arbitráveis questões concernentes:

- i) ao direito penal;
- ii) direitos previdenciários;
- iii) ao casamento (separação, divórcio e anulação), cidadania etc.;
- iv) a interesses difusos;
- v) em matérias em que o Ministério Público deva intervir, por determinação legal, entre outras.

Assim, ao determinar na convenção de arbitragem os poderes a serem desenvolvidos pelo árbitro, as partes devem certificar-se dos limites dados pelo ordenamento jurídico à arbitragem. Vale ressaltar que a liberdade delas é limitada aos “direitos patrimoniais disponíveis” (LEMES, 2007, p. 115).

A propósito, o art.2º, §1º, da Lei de Arbitragem determina que “poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

O Brasil adota o instituto da arbitragem na sua forma facultativa, desde o Código Civil de 1939 e 1973, em que já era possível submeter os litígios a um árbitro, que deveria ser instituída por seu compromisso, observando requisitos existentes na época, um desses requisitos era de que o número de árbitros deveria ser ímpar, e também observar as questões de fato e direito, decidindo segundo a lei, e a equidade.

Contudo tais decisões deveriam ser homologadas pelo poder judiciário, para que o seu efeito legal fosse declarado. Assim, a história apresenta alguns fatos importantes na utilização do instituto da arbitragem no Brasil, sendo elas:

- a) A controvérsia territorial do Brasil com Argentina, resolvida em 1900, com parecer favorável ao Brasil;
- b) Pendência patrimonial com

os Estados Unidos, em consequência ao naufrágio, galera norte-americana, Canadá na costa do Rio Grande do Norte, com parecer em 1879, desfavorável ao Brasil; c) divergência com a Grã-Bretanha, resultante da prisão, no Rio de Janeiro, de oficial da fragata inglesa Fort, parecer de 1863, favorável ao Brasil (OLIVEIRA, 2016, p. 79).

Ademais vários são os tratados firmados pelo Brasil, no sentido a arbitragem para dívidas em questões de natureza jurídica.

2.4 A ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como apresentado anteriormente, a arbitragem não ingressou no ordenamento jurídico brasileiro de uma hora para outra. Seu ingresso de seu paulatinamente, pois, seja no âmbito normativo, ou seja, no âmbito jurisprudencial, a arbitragem foi se adequando ao sistema jurídico que regula a Administração Pública (JUSTEN FILHO, 2016).

A Lei nº 13.129/2015 é fundamental para entender esse movimento. É o marco fundamental para entender o ingresso da arbitragem no sistema jurídico que rege a Administração, pois, a lei alterou a Lei de Arbitragem para permitir, expressamente, o uso da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta. De acordo com o art. 1º, § 1º, inserido pela Lei nº 13.129:

§ 1º. A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos à direitos patrimoniais disponíveis.

Dessa maneira, não há mais sentido questionar a possibilidade de a arbitragem vir a ser eleita para solucionar eventuais conflitos envolvendo entes administrativos, isto pois, quaisquer dúvidas acerca da legitimidade da arbitragem empregada pela Administração foram sanadas com o advento da Lei nº 13.129.

Embora a previsão expressa da utilização da arbitragem pela Administração Pública só tenha se consolidado em 2015, com o advento da Lei nº 13.129, a previsão do mecanismo na legislação esparsa se deu já na década de 70. Um exemplo dessa inserção, ainda que tímida, do mecanismo, se verifica no art. 11 do

Decreto-Lei nº 1.312 que menciona *in verbis*:

Art. 11. O Tesouro Nacional contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro poderá aceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos.

A arbitragem, como já discutido, é uma forma de resolução de conflitos que objetiva a celeridade e objetividade fora do âmbito do Judiciário, por meio de uma entidade ou pessoa privada que atua na situação do caso concreto.

Convém destacar que por ser uma temática ainda controversa e debatida pela doutrina, não é objetivo do presente artigo científico esgotar o tema, tampouco apresentar uma ideia final ou definitiva, mas sim, apresentar uma revisão teórica na finalidade de fomentar a pesquisa e o debate acadêmico (LEMES, 2007).

O uso da arbitragem pela Administração Pública por muitos anos foi um tema extremamente controvertido, no entanto, atualmente já se verifica uma ruptura neste pensamento (JUSTEN FILHO, 2016).

Antes de 2015, a Lei 9.307/1996, Lei de Arbitragem, não havia a inclusão do atual parágrafo primeiro em seu art. 1º que consta de forma expressa a possibilidade da arbitragem pela Administração Pública Direta e Indireta, no entanto, o próprio *caput* do artigo nunca se mostrou um obstáculo para esta situação, dado que ao dispor “pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”, não é definido o tipo de pessoa, se física ou jurídica, muito menos se privada ou pública, ou seja, bastasse ser a pessoa capaz como diz a lei.

No que tange a Administração Pública, o referido instituto teve como marco histórico em sua transformação o ano de 2015, que passou a regular o tema conforme leciona Carvalho Filho (2017) ao ensinar que a Lei nº 13.129/2015, a partir daquele ano, passou a dispor de forma expressa que a Administração Pública, seja direta ou indireta, poderá fazer uso da arbitragem na resolução de seus conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

O autor supracitado expõe ainda que o novo texto do dispositivo legal representa um grande avanço para a máquina pública, uma vez que propiciou um

ambiente célere, econômico em detrimento de um sistema longo e custoso que são as demandas judiciais.

Além do mais, o nobre jurista bem aponta, tanto a Administração Pública Direta quanto a Indireta podem fazer uso da arbitragem, representando um verdadeiro avanço para a máquina pública, efetivando desta forma, a aplicação dos princípios constitucionais da eficiência (LEMES, 2007).

O autor supracitado segue explicando que o Estado, apesar de apenas mencionar em seu artigo 12, parágrafo único, a utilização da arbitragem por sociedades de economia mista quanto a empresas públicas, podemos entender, através de uma análise extensiva e análoga, que também é possível o uso da arbitragem em casos semelhantes nas empresas públicas.

Ainda em análise ao art. 1º, caput, da Lei nº 9.307 (BRASIL, 1996), se faz necessário apontar a problemática que se envolve na expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, uma vez que não é dado um conceito e não são definidos quais seriam estes direitos patrimoniais disponíveis para a Administração Pública (JUSTEN FILHO, 2016, p. 17). Desta forma, tal situação é palco de debate pela doutrina até os dias atuais.

Também vale ressaltar que a Lei 9.307/1996 não é a única a tratar do tema, visto que há outras leis que o tratam de forma esparsa. Por exemplo, a lei 11.196/2015 que alterou a lei 8.987/1995, passando a prever a celebração de cláusulas que possibilitam o uso da arbitragem com a Administração Pública nos contratos de concessão.

Neste ponto, faz-se adequado trazer à luz o art. 23-A da lei supramencionada ao dispor que:

O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa (JUSTEN FILHO, 2016, p. 17).

No entanto, Carvalho Filho (2017) destaca que o tema é motivo de acirradas críticas doutrinárias, pois os conflitos que envolvem a Administração Pública devem ser analisados por agentes lícitamente investidos no poder e qualidade de julgadores

pela própria máquina pública – O Estado.

Neste sentido, esta transferência no poder de julgamento pode violar a indisponibilidade do interesse público, visto que possibilita a um particular resolver uma situação que impactará sobre todo o coletivo (JUSTEN FILHO, 2016).

Como contra-argumento a esta aparente violação constitucional, Scavone Júnior (2019) aponta que não é tudo que podemos associar a indisponibilidade do interesse público, pois é uma interpretação rasa e simplória.

Em verdade, um estudo dirigido realizado de forma atenta poderá perceber que há diversas razões que justificam o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado, como por exemplo, a tradução do princípio da eficiência no caso concreto.

Neste sentido, é necessário o ensinamento da doutrina de Scavone Júnior (2019, p. 53):

Destarte, é assente na doutrina 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 da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça.

Superado o entendimento da possibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública, resta-nos debater sobre o objeto. Naturalmente, não é todo direito público que poderá ser tratado por vias arbitrais. Assim sendo, apenas aqueles que a doutrina classifica como “disponíveis”, devido sua natureza privada ou contratual (JUSTEN FILHO, 2016).

No que tange às empresas públicas e sociedades de economia mista, já é pacífico o posicionamento que, desde que seja desempenhado uma atividade econômica, é plenamente viável o uso da arbitragem. Desta forma, é indiferente a natureza da sociedade – como já tratado – mas, somente, analisar se o conflito que se faz presente no caso é oriundo da exploração de atividade econômica (CARVALHO FILHO, 2017, p. 88).

Voltando a análise de legislações, as mesmas determinam o uso de via

amigável na solução de conflitos, desde que, evidentemente, sejam respeitados os princípios constitucionais. Desta forma, novamente, verificamos a existência de outra forma de resolução alternativa de conflito, visto que o contrato de concessão deve, por força obrigatória, elencar uma maneira de composição amigável das divergências contratuais (LEMES, 2017).

Outra Lei que carece ser aqui destacada é a 11.079 (BRASIL, 2004), que trata das licitações e contratação de parcerias público-privada, pois prevê de forma expressa o emprego e uso de formas alternativas de resolução de conflitos, inclusive arbitragem, na tratativa de conflitos oriundos dos contratos, conforme art. 11º, inciso III.

Para as demais situações que estejam de um lado alguma pessoa jurídica de direito público, ainda que não tenha uma previsão expressa em sua lei específica, a arbitragem também poderá ser utilizada, desde que o conflito tenha características do privado. Nesta situação, podemos citar como exemplo as locações em que o Estado seja locatário (SCAVONE JUNIOR, 2019).

Corroborando o acima exposto, é possível elucidar o caso da Aes Uruguaiana e a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), cujo Superior Tribunal de Justiça julgou a possibilidade do uso da arbitragem no caso concreto, conforme o Recurso Especial nº 606.345 de 2007, conforme voto proferido pela corte e transcrito abaixo (BRASIL, 2007):

Pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versam sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro -, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei nº 9.307/1996 – estatui que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Isto posto, vê-se que a doutrina vem se posicionando no sentido de que há uma certa divisão no nível do interesse público quanto ao objeto analisado, no sentido de que somente quando for primário, ou seja, realmente essencial a natureza do coletivo, é que carece de gozar da indisponibilidade do interesse público, mas

nos demais casos, que sejam de interesse secundário e tratem de situações econômicas, é plenamente aceitável e até benéfico o uso da arbitragem pela Administração Pública.

3. CONCLUSÃO

O Direito, como ciência humana e social, não é exato, mas sim um determinado também no contexto de sua aplicação que acaba por conformar o fenômeno jurídico.

Dito isso, verificou-se que muitas são as visões da aplicabilidade ou inaplicabilidade do uso de métodos alternativos de resolução de conflitos pela Administração Pública, mais especificamente nos processos de contratação pública, escopo deste texto. Os pontos controvertidos servem para enriquecer o debate.

Como ciência que estuda e se aplica na sociedade, e como sociedade que está em constante mudança, faz-se necessário olhar para a Administração Pública com o olhar pragmático do Direito Administrativo moderno. Por reger-se sobre um regime especial, a Administração Pública possui algumas particularidades, e princípios basilares, os quais devem sempre ser observados no procedimento arbitral.

A desburocratização e a forma consensual na resolução de conflitos têm ganhado espaço no universo do Direito, e não poderia ser diferente com a Administração Pública. O princípio da eficiência e celeridade também não de ser observados. Ora, não há dúvidas que a demora na prestação jurisdicional atrapalha a vida do Estado. A celeridade com que o procedimento arbitral se instala e se finda, demonstra amplo atendimento a esses princípios tão importantes do direito.

Ademais, quanto a utilização do procedimento, vemos um claro direcionamento do instituto para contratos importantes, que atingem a maioria dos administrados e, principalmente, nos contratos atingidos pela Lei 14.133, de 01.04.2021, a Nova Lei de Licitações (BRASIL, 2021).

Assim, verifica-se que o procedimento, quando instalado, traz como resultado decisões extremamente técnicas, com árbitros especialistas, obedecendo

a eficiência e trazendo celeridade nas decisões de um país em que ainda há muito que se fazer pelo setor de infraestrutura, por exemplo, afastando decisões errôneas de pregoeiros e servidores, que na maioria das vezes não detêm do conhecimento técnico para proferir uma decisão.

Apesar de tímida, é possível constatar a importância dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito jurídico.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Lei 11. 079 de 30.09.2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, 2004.

BRASIL. **Lei 13.129 de 26.05.2015**. Altera a lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 2015.

BRASIL. **Lei 14.133 de 01.04.2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2021.

BRASIL. **Lei 9.307 de 23.09.1996**. Dispõe sobre a arbitragem, 1996.

BRASIL. **Resolução Nº 125 de 29/11/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, 2010.

CAHALI, F. J. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

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

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. **Rev. Ampl.** E atual. São Paulo: Ed. Atlas, 2017.

DINAMARCO, C. R. **A arbitragem na teoria geral do processo**. Malheiros Editores, 2013.

GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; CINTRA, A. C. A. Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 387, p. 3-22, 2006.

JUSTEN FILHO, M. **Administração pública e arbitragem**: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os Árbitros. Revista Brasileira da Advocacia, v. 1, p. 103-150, 2016.

LEMES, S. F. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, G. H. J. **Conciliando Arbitragem e Administração Pública**. Valor Econômica, 2016.

SALLES, C. A. **Arbitragem nos Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCAVONE JUNIOR, L. A. **Arbitragem**: mediação, conciliação e negociação. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STAKE, R. E. **Pesquisa qualitativa**: estudando como as coisas funcionam. Penso Editora, 2016.