

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Waldemir Dias Silva¹
Isabel Vieira²

¹ Bacharel em Administração, Acadêmico do curso de Direito – Universidade Tuiuti do Paraná.

² Advogada, Pós-Graduada em Gestão Tributária.

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

RESUMO

Este trabalho buscou apresentar uma análise sobre a aplicabilidade da arbitragem como meio alternativo de soluções de conflitos decorrentes dos contratos realizados pela Administração Pública. A pesquisa baseou-se na revisão da literatura onde se pode verificar que, apesar da existência da Lei de Arbitragem, há vários questionamentos sobre sua aplicação pela Administração Pública, principalmente no que se refere ao princípio da indisponibilidade do interesse público. A partir dos resultados pode-se concluir que, embora hoje a positivação legal da permissão de utilização da arbitragem pela Administração Pública, esse processo envolve riscos que devem ser analisados com relação ao caso concreto para que então o gestor público possa decidir pela utilização da arbitragem como meio mais adequado de solução dos conflitos frente ao interesse público. Verificou-se ainda quatro prováveis matérias que poderão ser objetos de estudos futuros: a existência de jurisdição arbitral, se sentença arbitral forma coisa julgada, dispositivos de controle estatal e meios e possibilidades recursais dentro e fora do processo de arbitragem.

PALAVRAS-CHAVE

Arbitragem. Contratos Administrativos. Interesse Público. Jurisdição.

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1 INTRODUÇÃO

Arbitragem é um meio alternativo de resolução de conflitos, heterocompositivo, que por um lado conta com o concurso de vontades das partes e de outro com a participação de um terceiro imparcial, de confiança das partes e por elas escolhido, que não se limita a propor uma solução, mas a impõe através de uma sentença com resolução do mérito (MONNERAT, 2017, p. 74).

Há a possibilidade de que nos contratos administrativos incidam conflitos das mais variadas espécies e a celeridade na resolução desses impasses com agilidade pode se configurar como um pilar no atendimento do interesse público e da sociedade brasileira (BISSOLI e SIMÃO, 2016, p. 290).

Segundo os autores (2016, p. 290), os conflitos quando discutidos na esfera judiciária brasileira podem levar muito tempo até obter uma solução definitiva e, nesse contexto, obras podem ser paralisadas, multas podem vir a ser aplicadas pelos órgãos reguladores e serviços essenciais à população podem ser prejudicados.

Os meios alternativos de resolução de conflitos, quais sejam: a mediação, a conciliação e, em especial, a arbitragem, podem auxiliar a Administração a operar e julgar esses conflitos com maior eficácia e eficiência, reduzindo as disfunções de seus processos e aproximando-a do seu objetivo maior, que é a realização do interesse público (BISSOLI e SIMÃO, 2016, p. 290).

Com a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça os meios alternativos de resolução de conflitos, até então muito timidamente utilizados no sistema jurídico brasileiro, passaram a ocupar uma posição mais relevante nos processos de solução de conflitos civis. Dada a necessidade da Administração Pública em atender aos seus objetivos-fim, estender esses processos alternativos à própria Administração apresenta-se como uma relevante alternativa (CAHALI, 2017, p. 28).

Nesse sentido observa-se na Lei Federal 13.105/2015, conhecida como “Novo” Código de Processo Civil Brasileiro, mais um “reforço” a esse pensamento. Em seu Art. 174, o qual versa um normativo onde se determina que a Administração busque adotar os meios alternativos de solução

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

de conflitos na esfera administrativa, a saber: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo [...]”.

Ao analisar a utilização da arbitragem como um método alternativo de resolução de conflitos aplicado aos contratos administrativos se buscará: levantar na literatura, na doutrina, na jurisprudência e nas decisões administrativas a existência de fundamentos basilares; verificar se a aplicação desse método signifique a quebra da dicotomia prerrogativas *versus* sujeição à Administração Pública e pautar-se sobre o viés do atendimento do interesse da coletividade, tendo em vista o dever da Administração de respeitar o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Nesse contexto, o estudo da arbitragem como um método de solução de conflitos aplicado aos contratos administrativos frente à necessidade da Administração Pública de atender a seus preceitos fundamentais constitucionais, principalmente no que se refere ao princípio da eficiência disposto no Art. 37 da Constituição Federal de 1988, torna-se de grande importância, haja vista que pode contribuir e auxiliar na busca de novos meios pelos quais a Administração Pública venha a melhorar seus processos decisórios, de julgamentos e, conseqüentemente, o atendimento dos anseios sociais.

DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Analisar a utilização da arbitragem como um método de resolução de conflitos aplicado aos contratos administrativos passa, nos dias de hoje, pela exata mensuração de o quanto esse processo de julgamento está em conformidade com a estrita vinculação das ações do Estado e a realização do interesse público (BISSOLI e SIMÃO, 2016).

Para tal, busca-se situar no tempo as origens desse interesse. Na história humana durante sua evolução o homem passou por um processo muito lento de mudanças que tiveram como consequência a sociedade atual.

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O homem é por natureza um ser social. Aquele que não consegue viver com outros ou é tão autossuficiente para prescindir disso, e portanto, não participa da sociedade: ou é uma besta, ou um deus (ARISTÓTELES, 1998, p. 55)

O ser humano é considerado um animal racional, emocional e acima de tudo social. Segundo a própria Sociologia é a sociedade quem define o que é o homem (LUCENA, 2010, p. 297).

Nesse mundo social cada indivíduo nasce livre e firma tacitamente com os demais membros de sua sociedade um pacto social. Esse indivíduo, durante todo o seu período de formação, será condicionado a conviver através de regras e normas que busquem limitar os seus impulsos naturais primitivos e harmonizar o seu convívio com os demais membros da sociedade, propiciando o desenvolvimento de todo o grupo, bem como sua perenidade o que segundo Émile Durkheim (1999 *apud* LUCENA, 2010, p. 297) é conhecido como processo de educação.

Neste sentido passa-se a aceitar que, para viver em grupo, os indivíduos necessitam evadir de parte de seus desejos individuais, limitar suas ações em prol do bem comum a todos, do desenvolvimento social, e, desse ponto em diante, reconhecer a necessidade de uma forma de organização que possa realizar os anseios comuns a todos. Dessa necessidade surge o Estado (ROUSSEAU, 1989, p. 21).

É exatamente esse anseio social, esse interesse público, que justifica a organização social em Estados nacionais modernos. Sem ele não há qualquer justificativa para que os indivíduos se autolimitem frente a um poder centralizado comum (MELLO, 2015, p. 59).

O interesse público representa então o cerne da formação do Estado, constituindo a principal justificativa de sua existência. Tão importante é sua importância que tudo o que ocorre de suas ações deve estar direcionado a realizar este principal objetivo: atender ao interesse da coletividade (MELLO, 2015, p. 59).

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Buscando atender a esse objetivo, o Estado passa a realizar inúmeras atividades para promover o bem-estar e o desenvolvimento social, como investimentos em infraestrutura, combate à fome, fornecimento de estrutura educacional, saúde, segurança pública, entre outras. O Estado então atua como um ente, arrecadando recursos e reinvestindo no desenvolvimento social. Para tanto, contrata bens, serviços e obras necessárias para cumprir seu papel.

Dessas relações jurídicas estatais temos os contratos administrativos. Quase idênticos àqueles firmados entre particulares, eles se diferem justamente pela sua representação e necessidade da realização do interesse público, que em geral se materializa em cláusulas que seriam exorbitantes se comparadas aos contratos civis – cláusulas exorbitantes (MELLO, 2015, p. 638).

Observa-se que a pessoa pública, ou pessoa jurídica pública, representa o Estado e encontra-se em situação extrema, no ordenamento jurídico, à pessoa privada (natural ou jurídica), tanto é que o texto constitucional traz em seu Art. 5º o seguinte mandamento:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (BRASIL, 1988).

Desse mandamento tem-se que “as pessoas de direito privado, no exercer de suas vontades, podem realizar tudo que não lhes é proibido”, mas, contrariamente, as pessoas de ordem pública deverão sempre realizar somente aquilo que lhe é permitido legalmente, Tem-se assim uma das sujeições da Administração Pública (JÚNIOR, 1971, p. 175).

2 DAS PRERROGATIVAS E SUJEIÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A realização do interesse público deverá se manifestar sempre na base de qualquer ato ou providência do Estado, pela intervenção da pessoa pública que em seu nome executa atos. Essa capacidade

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Estatal, que, por mais variada que seja (administração direta, indireta e autarquias), ultrapassa a relativa do direito privado, haja visto que a pessoa jurídica pública disponha de prerrogativas ou privilégios sobre os entes privados, decorre de seu poder de *imperium*. Tal realidade assegura às pessoas públicas posição singular no mundo jurídico. (JÚNIOR, 1971, p. 176)

As relações entre particulares são baseadas na igualdade jurídica. Nenhuma vontade privada imponha a esta contra sua vontade, o que ocorre que caracteriza as relações privadas é o contrato, ou seja, o acordo de vontades. A Administração, entretanto, que deve satisfazer o interesse geral, não poderia atingir tal objetivo se estivesse no mesmo pé de igualdade com os particulares.

As vontades dos particulares impulsionadas por móveis puramente pessoais estariam em choque com a vontade da Administração, toda vez que esta lhe impusesse coações e sacrifícios exigidos pelo interesse geral. A Administração recebeu, então, o poder de vencer tais resistências. Suas decisões obrigam, sem que ela tenha que obter a aquiescência dos interessados. Além disso, a Administração tem o direito, não obstante a recalcitrância dos particulares, de persegui-los pela execução. Sob o nome, muito mal escolhido, mas tradicional de *puissance publique*, é preciso entender o conjunto de prerrogativas de que é detentora a Administração para efetivar o interesse geral. (Rivero Jean, *Droit Administratif*, 4ª ed. 1970, *apud* Júnior, 1971, p. 176).

Segundo Júnior (1971, p. 181), como destaques ao regime especial da Administração frente a suas prerrogativas pode-se citar a autoexecutoriedade, a desapropriação, a requisição, a ocupação temporária, o poder impositivo e, em especial, a autotutela, que permite à própria Administração, frente a nulidades ou à necessidade de dirimir conflitos, agir de maneira ativa e autônoma (autoexecutoriedade) na resolução desses e de futuros conflitos de modo que não atinjam seu objetivo-fim.

Autotutela é a prerrogativa pública que permite à Administração agir de modo direto, por si mesma, sem a necessidade de recorrer às vias judiciais, a fim de efetuar a defesa do interesse público. Tal faculdade constitui um privilégio especialíssimo e uma verdadeira exceção no ordenamento jurídico (JÚNIOR, 1971, p. 188).

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Destarte, enquanto a Administração se caracteriza por ser detentora de prerrogativas, exorbitantes ao direito comum, derrogações que se podem considerar favoráveis ou positivas, ela também possui um vasto número de restrições ou sujeições que se apresentam como negativas ou desfavoráveis em geral, muitas vezes desconhecidas pelo cidadão comum e inexistentes nas relações entre particulares (JÚNIOR, 1971, p. 195).

Os particulares, pessoas físicas ou jurídicas, quando de suas decisões podem baseá-las apenas em motivos intrínsecos, pessoais e afetivos, desde que tais fatos não contrariem os princípios lícitos, éticos ou morais. Para a validade de suas vontades basta a simples manifestação voluntária, sem quaisquer critérios. Já a Administração é vinculada à realização do interesse público sendo sujeita a uma série de procedimentos especiais, tais como na escolha de funcionários (concurso) e na seleção de fornecedores (concorrência pública) (JÚNIOR, 1971, p. 195).

As sujeições administrativas são cargas peculiares ao regime jurídico público, derrogações, às quais a Administração é limitada em suas atividades quando faz parte de uma relação jurídico-administrativa. A Administração age por intermédio de pessoas físicas e está vinculada ao seu fim, que não pode deixar de ser o fim público. Ao agir, o Administrador deve deixar de lado os interesses pessoais subjugados pelo interesse público, sendo este aspecto a única bússola que orienta os atos administrativos (JÚNIOR, 1971, p. 195).

A vinculação ao interesse público é o primeiro aspecto que define o regime jurídico das sujeições da Administração, o qual repousa no resultado que o objeto do ato deve atingir. O ato não pode ser viciado ou defeituoso visto que isso o tornaria um desvio de poder, que ocorre quando a autoridade usa o poder que o Estado lhe autoriza para obter fim diverso daqueles assinalados pela lei e pelos regulamentos (JÚNIOR, 1971, p. 196).

Constatado o desvio de poder, o que é de certo modo extremamente difícil, visto a presunção de legitimidade que reveste os atos administrativos, o ato é nulo e com a nulidade da medida em inúmeros casos são passíveis de responsabilizações (JÚNIOR, 1971, p. 197).

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

3 DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O reflexo das sujeições da Administração para contratar se encontra na obrigação constitucional da concorrência pública, seja para a aquisição de bens, seja para serviços ou pessoas. A concorrência permite que a Administração atenda aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, impedindo os favoritismos (MELLO, 2015, p. 537).

Tais princípios são basilares em toda e qualquer instância onde a Administração Pública se faça presente, de maneira direta ou indireta, seja nos processos de seleção de pessoas, fornecedores ou conveniados. São os norteadores de todas as ações da Administração e do Administrador Público e se tornam de grande relevância para a análise da aplicação do processo de arbitragem aos contratos administrativos (MELLO, 2015, p. 98).

O dever de licitar emana diretamente da exigência contida no Art. 37, XXI, da Constituição da República de 1988, que tem por objetivo, entre outros, permitir/obrigar que a Administração selecione a proposta mais vantajosa para as suas necessidades, protegendo o interesse público e os recursos financeiros do Estado (MELLO, 2015, p. 537).

[...] pode-se conceituar contrato administrativo das seguintes formas: é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado (MELLO, 2015, p. 638).

Segundo Pércio (2015, p. 17), o contrato administrativo é o verdadeiro objetivo da Administração Pública quando esta realiza um processo de contratação, seja uma licitação (a regra), processo pelo qual a Administração deve contratar, ou excepcionalmente a “dispensa de licitação”, quando amparada pelo devido suporte legal, Arts. 24 e 25 da Lei Geral de Licitações 8.666/1993. A licitação não é um procedimento autônomo, com fim em si mesmo, mas um meio para obter o contrato administrativo que atenderá ao interesse público.

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

4 DA ARBITRAGEM AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Segundo Bissoli e Simão (2016), desde que entrou em vigência a Lei Federal 9.307/1996, tida como a Lei da Arbitragem, muito se discute sobre a possibilidade da utilização desse meio alternativo de resolução de conflitos na Administração Pública, em especial nos contratos administrativos, onde a principal questão é justamente o conceito de disponibilidade do interesse público, visto por muitos como não transacionável e indisponível.

A Lei de Arbitragem, inicialmente, não fez qualquer relação à Administração Pública, tanto autorizando quanto vedando a utilização desse normativo. Versa em seu Artigo 1º: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (DI PIETRO, 2015).

Nessa perspectiva cabe a análise de algumas considerações quanto à aplicabilidade da Arbitragem aos contratos administrativos, citadas a seguir.

A primeira se dá quanto ao princípio constitucional da legalidade, constante no Art. 37 da Constituição Federal de 1988. Esse princípio vincula a Administração Pública a sujeições de somente poder agir sob a expressa liberalidade legal (MELLO, 2015, p. 102).

A segunda refere-se justamente à indisponibilidade do interesse público. A Lei de Arbitragem é clara quando se refere a “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (MELLO, 2015, p. 76).

Para Di Pietro (2015), os contratos administrativos possuem: cláusulas regulamentares – que se referem ao próprio objeto do contrato e na forma de sua execução. Elas advêm do poder/dever regulador da Administração Pública e podem ser fixadas e alteradas unilateralmente pelo poder público; e cláusulas financeiras – que se referem à remuneração do contratado, ao equilíbrio da equação econômico-financeiro. Elas têm natureza singularmente contratual e não devem ser mo-

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

dificadas unilateralmente pela Administração Pública, assim essas últimas podem então ser objeto de acordo entre as partes.

Também não teria sentido a instalação de um procedimento de arbitragem para decisão de conflito que envolva prerrogativas de autoridade que só o poder público pode exercer. Não pode um tribunal de arbitragem decidir sobre as prerrogativas do artigo 58 da Lei 8.666 (alteração unilateral, rescisão unilateral, aplicação de penalidade etc.). Mas pode decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes do uso de prerrogativas próprias do poder público, como as de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, que podem provocar o desequilíbrio econômico-financeiro. São aspectos que se incluem no conceito de direitos patrimoniais disponíveis, não porque a administração pública possa abrir mão de seus direitos, mas porque se trata de direitos passíveis de valoração econômica. (DI PIETRO, 2015)

A terceira remete ao juiz natural e o monopólio Estatal da Jurisdição, em que, nessa análise, se torna impossível afastar do Estado essa sujeição constitucional. A garantia do juiz natural está amparada nas normas do Artigo 5.º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição do Brasil. Conforme o inc. XXXVII, não haverá no país juízo ou tribunal de exceção e, segundo o inc. LIII, ninguém poderá ser processado e sentenciado a não ser pela autoridade judicial competente. Frente a tais observações pode-se questionar: seria o árbitro detentor da tutela jurisdicional do Estado? (SILVA, 2006, p. 497)

A quarta observação a se estudar trata da indisponibilidade de instâncias recursais quando da sentença arbitral. Diante de possíveis falhas uma sentença arbitral pode violar ou atingir de forma grave o interesse público e/ou até mesmo a capacidade orçamentária e financeira da Administração.

Em todo o Estado-Juiz Brasileiro, mesmo com juízes legitimados, concursados, formados e detentores da Jurisdição Estatal, possuímos diversos graus de jurisdição, o que visa permitir a qualquer parte, quando em litígio, exercer até a última instância recursal o seu direito constitucional de “ampla defesa” e, assim, aproximar a sentença judicial da justiça de fato. (MONNERAT, 2017, p. 118)

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

4.1 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Segundo Bissoli e Simão (2016, p. 290), quanto à estrita vinculação legal das ações da Administração Pública, com a reforma ocorrida na Lei de Arbitragem Brasileira em 26 de maio 2015, a Lei 13.129/2015 trouxe mudanças à Lei de Arbitragem, apresentando em seu texto normativos diretos à Administração Pública, buscando maior segurança jurídica e o atendimento do princípio da legalidade. Vejamos a alteração da norma contida na Lei 13.129/2015 a seguir:

Art. 1º Os arts. 1º, 2º, 4º, 13, 19, 23, 30, 32, 33, 35 e 39 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, passam a vigorar com a seguinte redação:

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

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (NR)

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (NR) (BRASIL, 2015)

Segundo Santos (2016, p. 383), com a reforma trazida pela Lei 13.129/2015 pode-se verificar a expressa determinação legal, requerida por muitos, para que a Administração Pública possa utilizar-se da arbitragem como meio de solução de conflitos provenientes de seus contratos sem temer por demandas judiciais para discorrer sobre a viabilidade, conveniência e legalidade desse instituto.

4.2 DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

De acordo com Di Pietro (2015), inicialmente pode ser chocante aceitar a existência de relações da Administração Pública com direitos patrimoniais disponíveis. Nossa tendência é a de afirmar que não existem direitos patrimoniais públicos que sejam disponíveis. Para a autora (2015), isso se

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

deve ao apego ao conhecido princípio da indisponibilidade do interesse público, destacando-se a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu Curso de Direito Administrativo, a seguir:

Significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja por impróprios. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis. (MELLO, 2015, p. 76).

De acordo com Di Pietro (2015), o interesse público é indisponível pela Administração Pública, visto que ele decorre da titularidade social, e não do poder público, sendo a Administração Pública apenas quem o administra, protege e tem o dever de dar-lhe efetividade. A Administração Pública não pode dele dispor livremente porque não lhe pertence, configurando assim o interesse público como indisponível.

A referida autora (2015) traz outro olhar, observando que isso não significa que todos os direitos patrimoniais, no âmbito do direito público, são indisponíveis e que a disponibilidade de um patrimônio público pode ser de interesse da própria coletividade.

Quando considerada a visão de Di Pietro (2015), a realização do interesse público pode ocorrer sob as mais diversas relações jurídicas, quanto por demais, a exemplo, a necessidade de reduzir riscos, a agilidade na execução de obras e o cumprimento constitucional também dos princípios da eficiência. Considerando-se essas situações, tem-se então a aderência necessária do processo de arbitragem ao atendimento do interesse público.

4.3 DA JURISDIÇÃO E DO ÁRBITRO COMO JUIZ DE FATO E DE DIREITO

O árbitro é qualquer pessoa (ou várias) capaz, imparcial e de confiança das partes, escolhida por elas, que deve conhecer o litígio e impor uma solução que, para todos os efeitos, terá o mesmo tratamento de uma sentença judicial. (MONNERAT, 2017, p. 75).

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Para Cahali (2017, p. 230), o árbitro reconhece os fatos que lhe são apresentados e aplica o direito. Sua investidura está direcionada à atividade típica do processo comum de conhecimento e, assim, ele exerce “jurisdição” plena quanto à cognição do conflito e desempenha as atribuições tal qual um juiz togado.

Segundo o Art. 18 da Lei de Arbitragem 9307/96, “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.” E no Art. 31 dessa mesma lei: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

Como apresentado nesses quesitos, a sentença arbitral aproxima muito a cognição do árbitro à jurisdição estatal, uma vez que quando imposta independe da vontade das partes (MONNERAT, 2017, p. 75). Toda via entende-se importante certo cuidado em se atribuir ao árbitro a investidura da jurisdição como a Estatal, pois possuem características diversas:

[...] a jurisdição, por suas características, não demanda a vontade das partes em nenhum momento, nem na aceitação em submeter o litígio ao Judiciário, nem na escolha do juiz e muito menos, na aceitação da decisão jurisdicional, dado que a Jurisdição é, entre outras coisas, imperativa, inevitável, inafastável e substitutiva da vontade das partes. (Monnerat, 2017, p. 75).

Para Monnerat (2017, p. 75), embora a arbitragem se apresente com um meio de resolução de lides, nem todos os conflitos podem ser resolvidos por ela. Isso porque a autotutela, ressalvadas as exceções, é vedada no ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo quando admitida, esta ainda envolve riscos, que podem ser desnecessários de serem aceitos pelas partes.

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

4.4 DA INEXISTÊNCIA DE RECURSO E AÇÃO ANULATÓRIA

A sentença arbitral não se sujeita, em regra, a recursos e é decidida em instância única e imutável (CAMARGO, 2016, p. 313).

No entanto, colocaria em risco a segurança jurídica e a confiabilidade do próprio processo de arbitragem se não foi necessário, de alguma forma, rever e corrigir possíveis “não conformidades” dentro do processo arbitral.

Assim, como não se pode prever todos os eventos que podem ocorrer na vida dos indivíduos, ou mesmo os fenômenos da natureza, não se pode também dizer que em um processo de litígio jamais ocorrerá disfunções, falhas e inobservâncias. Toda atividade humana se limita de alguma forma e não se vê como possível obter-se uma racionalidade e cognições absolutas sobre qualquer dimensão do mundo real.

Segundo Arnold Wald (2004 *apud* CAMARGO, 2016, p. 313), não se pode deixar ao todo o processo arbitral sem um meio de controle, em específico o controle judicial das decisões arbitrais, visto que, numa posição excessivamente liberal, pode-se tornar perigosa. O autor observa também que tão pouco se pode fazer do controle uma “camisa de força”, que possa retirar do processo arbitral sua eficácia, velocidade e “própria jurisdição”, quando legítima.

O controle da sentença arbitral foi designado ao próprio judiciário, através dos Arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem, porém, não se configura com um segundo grau de jurisdição nem recurso a ser interposto contra a sentença. Para evitar que adentrem no sistema jurídico sentenças contrárias ou que violem garantias constitucionais, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, o legislador previu na lei a possibilidade de rever as sentenças arbitrais como dispositivo de controle dos riscos e evitar que certas discrepâncias surtam efeitos. (CAMARGO, 2016, p. 313).

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Dessa forma, a lei previu em seu conteúdo os seguintes dispositivos: a ação anulatória de sentença arbitral, a homologação de sentença estrangeira e a impugnação ao cumprimento da sentença (CAMARGO, 2016, p. 313).

4.5 DAS JURISPRUDÊNCIAS

Segundo Santos (2016, p. 389), a jurisprudência brasileira tem admitido a utilização do processo de arbitragem no Poder Público desde o ano de 2007. Em sua maioria, as decisões referem-se diretamente a entidades relacionadas às organizações da Administração Pública direta. Vejamos um caso, apreciação do Recurso Especial 904.813-PR, em que por unanimidade o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consagrou a validade do compromisso arbitral entre uma sociedade de economia mista e particular privada.

RECURSO ESPECIAL Nº 904.813 - PR (2006/0038111-2)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Trata-se de recurso especial interposto por COMPANHIA PARANAENSE DE GÁS NATURAL - COMPAGAS, com base no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR). Ação: declaratória de nulidade de compromisso arbitral, proposta por COMPANHIA PARANAENSE DE GÁS NATURAL – COMPAGAS em face de CONSÓRCIO CARIOCA PASSARELLI. Aduz a autora, em suma, que (i) a arbitragem não estava prevista no edital de licitação; (ii) indisponibilidade do interesse público envolvido; e (iii) ausência de cumprimento dos requisitos legais para a instauração de uma arbitragem válida.

Contestação: o CONSÓRCIO CARIOCA PASSARELLI arguiu, preliminarmente, a falta de interesse de agir da autora e, no mérito, que: (i) há incidência das regras de direito privado no negócio jurídico celebrado entre as partes; (ii) a autora, na condição de sociedade de economia mista, pode participar de procedimento arbitral; e (iii) a

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

discussão tem natureza estritamente pecuniária e, portanto, é perfeitamente compatível com o procedimento arbitral.

Sentença: julgou improcedente ação, sob o fundamento de que “a controvérsia levada ao juízo arbitral se refere exclusivamente à recomposição da equação econômico financeira, decorrente de atrasos no início da execução do Documento: 1099244 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 28/02/2012 Página 3 de 20 Superior Tribunal de Justiça obra contratada. Por conseguinte, não há que se falar em direito indisponível, e, portanto, nada obsta a solução do conflito através do juízo arbitral. Ademais, não se vislumbra qualquer irregularidade quando à delimitação do objeto do compromisso arbitral” e desnecessária a indicação de árbitro substituto (e-STJ fls. 543/553). Foi interposta apelação pela COMPANHIA PARANAENSE DE GÁS NATURAL – COMPAGAS (e-STJ fls. 572/585). (BRASIL, 2011)

Conforme apresentado por Santos (2016), os julgadores buscaram fortalecer o processo de arbitragem mesmo distante da expressa formalização no Edital da licitação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de qualquer intenção de se esgotar a matéria, por meio da pesquisa bibliográfica, buscou-se verificar a aplicação da arbitragem como um meio heterocompositivo de soluções de conflitos nos contratos administrativos frente às sujeições da Administração Pública e sua estrita vinculação à indisponibilidade do interesse público.

Verificou-se que, com a reforma da Lei Brasileira de Arbitragem (Lei 9.307/1996) instituída pela recente Lei 13.129/2015, o legislador brasileiro (re)firmou positivamente a aplicação da arbitragem como um meio de resolução de conflitos a todas as instâncias, órgãos e instituições da Administração Pública, seja ela direta ou indireta, pública ou de economia mista. Tal lei garantiu a aderência necessária aos princípios constitucionais que permeiam e objetivam a Administração Pública ao cumprimento de seu objetivo dever.

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Constatou-se que, mesmo atendidos os critérios necessários à adoção da arbitragem nos conflitos onde a Administração Pública se apresente em pelo menos um dos polos da relação jurídica, a utilização da arbitragem demanda de uma criteriosa análise da adequação desse método ao caso concreto, levando sempre em consideração o atendimento do interesse da coletividade, visto que, por mais vantagens que a arbitragem possa trazer à agilidade do processo, na aproximação do juízo à especialidade do caso, a mesma, ainda assim, possui risco e possibilidades de disfunções no transcorrer do processo que devem obrigatoriamente ser confrontados com o interesse público.

Não basta a mera autorização legal da utilização da arbitragem e a mera discricionariedade do Administrador. Em todos os atos da Administração é vinculada ao cumprimento do objetivo-fim Estatal, devendo esses atos serem sempre motivados e justificados em conformidade ao interesse público e sua indisponibilidade.

Observou-se que não há forma única de manifestação do interesse público, devendo o Administrador analisar cada caso em concreto, como afirma Di Pietro (2015). Em exemplo, nem sempre a manutenção de um bem público é de seu interesse.

Conclui-se que a arbitragem ainda é um processo relativamente novo nas instâncias da Administração Pública, perfeitamente aderente ao direito cível e ao princípio da livre autonomia das partes. No direito público, devido à estrita vinculação da Administração Pública ao interesse coletivo há a necessidade de um rigor maior na análise de admissibilidade desse processo.

Desse modo, observa-se a oportunidade de maiores estudos e aprofundamentos em várias matérias do direito, tais como: jurisdição arbitral, da coisa julgada em face de sentença arbitral, dispositivos de controle jurisdicional Estatal sobre a sentença arbitral e meios recursais no processo de arbitragem, que podem até ser convencionados pelas partes.

Pode-se afirmar que, diante do exposto, foram alcançados os objetivos propostos. Observados os necessários cuidados pelo Administrador Público, a arbitragem aplicada aos contratos ad-

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

ministrativos traz à Administração maior celeridade no tratamento dos conflitos em seus contratos e maior eficiência à solução destes dada proximidade a possibilidade da aproximação técnica do julgado a matéria, gerando ganhos importantes a sociedade e ao atendimento do interesse público.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos Carvalho Gomes. 1ª. ed. Lisboa: Vega, v. Vega Universidade/Ciências Sociais oJ Políticas , 1998. Edição bilíngue (português-grego).
- BISSOLI, F.; SIMÃO, J. L. A. Arbitragem nos Contratos Adminstrativos. In: CAHALI, F. J.; RODOVALHO, T.; FREIRE, A. **Arbitragem**: Estudo sobre a Lei n. 13.129 de 26-5-2015. São Paulo, SP: Saraiva, 2016. p. 289-295.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, DF, 5 Out 1988.
- BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**, Brasília, DF, 21 Jun 1993.
- BRASIL. Lei Nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**, Brasília, DF, 23 set 1996.
- BRASIL. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.**, 29 Nov 2010.
- BRASIL. Recurso Especial Nº 904.813 – PR (2006/0038111-2). **Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, 20 Out 2011.

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

- BRASIL. Lei Nº 13.105, de 16 de Março de 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, 16 Mar 2015.
- BRASIL. Lei Nº 13.129, de 26 de Maio de 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, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição.**, Brasília, DF, 26 Mai 2015.
- CAHALI, F. J. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Resolução CNJ 125/2010**. 6ª. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2017.
- CAMARGO, J. S. A ação anulatória com base na violação à ordem pública. In: CAHALI, F. J.; RODOVALHO, T.; FREIRE, A. **Arbitragem: Estudo sobre a Lei n. 13.129 de 26-5-2015**. São Paulo, SP: Saraiva, 2016. p. 313-328.
- DI PIETRO, M. S. Z. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. **Revista Consultor Jurídico**, 24 Set 2015. ISSN ISSN 1809-2829. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>>. Acesso em: 03 dez. 2017.
- JÚNIOR, C. Prerrogativas e sujeições da administração pública. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, SP, 1971. 175-199.
- LUCENA, C. O Pensamento Educacional de Émile Durkheim. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, SP, Dez 2010.
- MELLO, C. B. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2015.
- MONNERAT, F. F. **Introdução ao estudo do direito processual civil**. 2. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2017.

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

PÉRCIO, G. V. **Contratos Administrativos - Manual para Gestores e Fiscais**. Curitiba, PR: Juruá, 2015.

ROUSSEAU, J. J. **O Contrato Social**. 1ª. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1989.

SANTOS, M. F. A Arbitragem nas sociedades de administração pública indireta. In: CAHALI, F. J.; RODOVALHO, T.; FREIRE, A. **A ação anulatória com base na violação à ordem pública**. São Paulo, SP: Saraiva, 2016. p. 381-393.

SILVA, M. O Princípio do Juiz Natural e a Distribuição de Processos nos Juizados Especiais Cíveis do Espírito Santo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Jun 2006. 491-517.