

O USO DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM ESTUDO SOBRE OS DESAFIOS DE SUA APLICAÇÃO

Ana Livia da Rocha Rodrigues¹
Mariana Castro Pereira¹
Sérgio Souza²

sergiosouza-adv@bol.com.br

ÁREA DE CONHECIMENTO: Ciências Sociais e Aplicadas

RESUMO

O presente trabalho procura explorar o uso da arbitragem como meio de resolução de conflito que envolve a Administração Pública enquanto parte. Apresenta-se um panorama contemporâneo da arbitragem público-privada no Brasil, demonstrando que a arbitragem vem sendo adotada pela Administração Pública como política pública nas diferentes esferas estatais, tendo como objetivo a resolução mais célere de problemas que a envolvem, beneficiando a desjudicialização do conflito, corroborando com outros métodos de resolução de conflitos. Contudo, alguns órgãos públicos ainda não implementaram esse método de resolução de conflito, devido a uma série de medidas que devem ser adotadas quando da sua participação nesse meio extrajudicial de resolução de problemas.

PALAVRAS-CHAVE: arbitragem, desafios, Administração Pública.

INTRODUÇÃO

A arbitragem consagra-se dentro da perspectiva dos métodos alternativos de solução de conflitos. Considerando sua inserção nesse campo, faz-se necessário, a nível introdutório, contextualizar acerca do que são tais métodos, a fim de que sejam compreendidos os objetivos gerais da arbitragem e sua relação com a Administração pública. Utiliza-se, como parâmetro, a doutrina de Daniel Amorim Assunção, em seu Manual de Processo Civil (2019). Nesse sentido, temos que os métodos adequados (também chamados de alternativos) de solução de conflitos, consistem em meios de autocomposição dos litígios. Isso quer dizer que as partes sozinhas, com a ajuda de um árbitro, mediador ou conciliador, vão resolver seu problema, sem interferência do Estado, representado na figura do juiz.

¹Aluna do 10º período da graduação em Direito da Faculdade Univértix

¹Aluna do 10º período da graduação em Direito da Faculdade Univértix

²Advogado, Mestrando em Direito, Especialista em Direito e Processo do Trabalho e em Docência do Ensino Superior, Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Vértix Trirriense – UNIVÉRTIX.

Atualmente, ainda que o rito processual exija que as partes primeiro tentem passar pela negociação/mediação (salvo nos casos em que ambas negarem expressamente a sua vontade de tentar a autocomposição), o que prevalece, na maior parte dos casos, é o processo em si. As partes querem a decisão judicial, não resolver o problema de forma consensual e direta. Assim, podemos afirmar que os conflitos atuais são resolvidos no método heterocompositivo, isto é, não são as partes que resolvem o problema, mas sim o juízo, que se configura como um terceiro interveniente.

Os Meios Alternativos de Solução de Conflitos-MASC'S, surgem em contraposição a cultura da sentença. Entende-se que o Brasil é local de grande litigiosidade. Assim, ao invés de solucionar os problemas, o processo serviria, em primeiro lugar, como forma de vingança. Em segundo lugar, as partes não têm desejo de resolver o problema fora do judiciário, precisando de uma sentença, ou seja, de um pronunciamento oficial do juiz para ver quem está ou não com a razão. Busca-se, portanto, ganhar, e não resolver o problema.

Nesse contexto, as MASC'S vêm representando uma tentativa de construir uma cultura de pacificação. Não se trataria de ganhar ou perder, mas sim de resolver a controvérsia de modo a satisfazer ambas as partes. Os mesmos estão inseridos dentro do contexto do sistema multiportas. Sistema multiportas nada mais é do que uma tendência de buscar formas de resolução que possam coexistir. Se fala em sistema multiportas porque a parte interessada em solucionar seu conflito poderá ter acesso a diferentes formas de solução de conflitos, sendo o seu advogado o responsável por oferecer e discutir com o seu cliente a forma mais efetiva de solucionar seu caso. Explica-se: o sistema multiportas permite que a parte não fique presa ao judiciário, podendo se valer, se assim desejar, da autocomposição. Assim, objetivo geral deste trabalho consiste em analisar e compreender o uso da arbitragem pela Administração Pública, especificamente os desafios na aplicação do método resolutivo de conflito nos órgãos públicos.

METODOLOGIA

A metodologia do presente trabalho consistirá em revisão bibliográfica e documental. Dessa forma, tratará de uma pesquisa exploratória. Serão analisados

artigos e teses, bem como outros trabalhos e livros disponíveis sobre o tema, compreendendo o período de 2020 a 2023.

Além disso, serão analisados casos que envolvem o uso da arbitragem pela administração pública, de forma a permitir a análise dos seus benefícios e a forma de condução dos mesmos.

Desse modo, o *corpus* da análise consiste nas doutrinas que tratam sobre o tema, bem como a análise da legislação atinente ao tema.

REFERENCIAL TEÓRICO

Como referencial teórico, utiliza-se o conceito de Arbitragem cunhado pelos dispositivos legais, bem como por Cássio Scarpinela Bueno em seu Curso de Processo Civil (2015), bem como os dispositivos legais existentes que consagram a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública. Nesse sentido, temos que a arbitragem: “(...) é um meio de resolução de conflitos heterocompositivo, na medida em que conta com o auxílio de um terceiro interveniente, o árbitro, na resolução do conflito”. A arbitragem julga casos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. Desta feita, afasta-se a competência do Poder Judiciário para a resolução meritória do litígio, que, alternativamente, pertencerá justamente ao (s) árbitro (s) eleito (s) pelas partes. No Brasil, o instituto é regulamentado pela Lei Federal 9.307/1996.

Embora a arbitragem seja, no mais das vezes, dirigida à resolução de litígios eminentemente comerciais e privados, é cada vez mais frequente que o expediente seja também dedicado à resolução de controvérsias jurídicas que envolvam a Administração Pública. Assim sendo, caso o contrato administrativo carregue uma cláusula compromissória, ou se as partes decidirem celebrar um compromisso arbitral, por exemplo, as eventuais controvérsias instauradas durante a sua execução deverão ser solucionadas por arbitragem. Essa possibilidade está determinada no § 1º do art. 1º da Lei de Arbitragem traz a autorização legal (incluída pela Lei Federal 13.129/2015), *in verbis*: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

A consolidação do entendimento de que a Administração Pública pode se submeter à arbitragem sedimentou-se, paulatinamente, na jurisprudência, a partir do

Julgamento do “Caso Lage” pelo Supremo Tribunal Federal, em 14 de novembro de 1973, em que fora reconhecida a possibilidade de que um árbitro definisse o montante de uma indenização devida pela União. Além disso, o julgamento do incidente de inconstitucionalidade na Sentença Estrangeira 5.206 pelo Supremo Tribunal Federal assentou a Lei de Arbitragem e permitiu um grande avanço, pela maior segurança jurídica, na utilização da arbitragem comercial para o país.

Os estados da federação começaram a perceber na arbitragem (ao inserirem cláusulas arbitrais em contratos administrativos) a credibilidade e a atração de investidores privados, principalmente em investimento de infraestrutura. A celeridade e a objetividade processual da arbitragem, bem como a capacidade técnica dos julgadores (árbitros) fazem com que, a passos largos, o seu método seja apropriado em contratos complexos da Administração Pública, aplicado, por exemplo, em parcerias público-privadas e concessões comuns, por exemplo.

A presença da Administração Pública na arbitragem exige a observância de certas peculiaridades no procedimento alternativo de solução do conflito. Tais particularidades decorrem da função estatal envolvida no litígio arbitral, que atrai as regras norteadoras do sistema democrático e do regime público, em especial para garantir a fiscalização das condutas do Poder Público pelos órgãos de controle e pela sociedade.

É certo que, em qualquer agir ou não agir, a Administração Pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal e também aos preceitos insculpidos nos incisos e parágrafos do mencionado dispositivo constitucional. A atividade estatal que não esteja em consonância com eles será eivada de nulidade que poderá ser decretada tanto pela própria Administração Pública quanto pelo Poder Judiciário.

A convenção arbitral deve garantir que os conflitos envolvendo a Administração Pública, que foram submetidos à arbitragem, discutam efetivamente direitos patrimoniais disponíveis. A indicação de interesse público indisponível abre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em análise do procedimento arbitral e eventual decretação de sua nulidade. Aqui pode ser encontrado um dos maiores

entraves da adoção da arbitragem pelo Poder Público, pois a diferenciação entre direito patrimonial disponível e direito indisponível é traçada por uma linha muito tênue, sendo plenamente possível que as dimensões da indisponibilidade e da disponibilidade retem nebulosas. Portanto, é de suma importância que o caráter patrimonial e a disponibilidade sejam evidenciados, seja no contrato administrativo, nas alegações iniciais das partes ou mesmo pelos árbitros.

A reforma da Lei de Arbitragem pela Lei Federal 13.129/2015, que acrescentou o § 3º ao art. 2º e submeteu expressamente o processo arbitral envolvendo a Administração Pública a respeito do princípio da publicidade. A inovação legal consolidou os entendimentos de que a arbitragem é conciliável com os princípios da transparência e publicidade, já que a falta de confidencialidade não descaracteriza o instituto. De qualquer forma, por mais que a administração pública brasileira já estivesse sujeita ao princípio da publicidade por força do art. 37 da Constituição Federal e da Lei de Acesso à Informação que estendia tal obrigação às arbitragens, a superveniência do mencionado dispositivo é relevante porque afastou qualquer dúvida remanescente sobre a imperatividade de tal dever jurídico.

Numa análise geral, a legislação brasileira silenciou sobre as regras específicas aplicáveis à publicidade dessas arbitragens. Uma possível resposta à questão, ainda que uma resposta parcial, encontra-se no inciso IV do art. 3º do Decreto Federal 8.465/2015, segundo o qual as arbitragens para dirimir litígios no âmbito do setor portuário observarão a condição de que “todas as informações sobre o processo serão tornadas públicas”.

Ressalta-se que a participação de um ente público em uma arbitragem limita a capacidade das Partes em optar livremente pelo sigilo nos procedimentos, em razão da sujeição ao princípio da publicidade. A Constituição Federal assegura o acesso a informações constantes de órgãos públicos brasileiros nos incs. XIV e XXXIII do art. 5º, devendo a Administração Pública ter a sua atuação norteadada pela publicidade (insculpida no art. 37 da CF/1988). Ademais, o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo possibilita a participação e o

controle social na Administração Pública direta e indireta, previstos no inc. II do § 3º do art. 37 da CF/1988.

O dever de observância da transparência nas contratações públicas foi categoricamente instituído na Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei Federal 11.079, de 30.12.2004) e na Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei Federal 8.987, de 13.02.1995). O art. 22 da Lei de Concessões é cristalino: “É assegurada a qualquer pessoa a obtenção de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões”, e o inc. V do art. 4º da Lei das Parcerias Público-Privadas elevou a transparência à qualidade de diretriz a ser praticada pela Administração Pública. Entretanto, esta publicidade, embora regra geral, não é absoluta. A operação da confidencialidade em arbitragens público-privadas dependerá do regime jurídico aplicável às informações submetidas ao Tribunal Arbitral.

Outra peculiaridade da arbitragem que envolve a Administração Pública, refere-se aos critérios de julgamento do conflito pelo juízo arbitral. A sentença arbitral aplicável à Administração Pública não poderá fundamentar ou expressar preferência por critérios alternativos ao direito. Assim, não pode haver decisões arbitrais tomadas com base na equidade, o que afrontaria o art. 37 da Constituição Federal. A vedação do uso da equidade foi expressamente prevista após a reforma da Lei 9.307/1996 que incluiu o § 3º ao art. 2º para determinar e enfatizar que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito”.

Ocorre que a Administração Pública deve observar o princípio da legalidade que significa a submissão ao que a lei permite, porquanto o critério de julgamento da arbitragem em que participa o Poder Público não pode se afastar da norma jurídica. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara esclarecem em seu Manual de Direito Público (2017) que

“à Administração só pode se submeter a uma decisão que seja tomada com base em critérios rigorosamente jurídicos, oriundos de normas postas formalmente (em lei, regulamento, contrato ou ato administrativo). A decisão por equidade é construída com base em critérios subjetivos, levando em conta a noção de justiça e de equilíbrio que o julgador venha a adotar” aos quais a atuação administrativa não pode ficar à mercê.

A arbitragem possui a forma institucional e *ad hoc*. Vale, portanto, uma breve descrição conceituando os dois para ilustrar as diferenças: para arbitragens *ad hoc*, todos os procedimentos são definidos pelas partes e/ou pelo árbitro que têm a liberdade de escolhê-los. Na arbitragem institucional, como o próprio nome refere, existe uma instituição, no caso a Câmara de Arbitragem, que determina regras processuais, devendo as partes acordarem previamente.

Como a Lei de Arbitragem não especifica a aceitação de apenas um de modelos, o que significa que é possível escolher um ou outro, vale a pena alguns comentários sobre as especificidades de cada um para gestão e o que implicaria escolher um ou outro. Note-se que devido à simplificação do modelo *ad hoc* dado que toda a estrutura não é disponibilizada pela instituição, a tendência é que os custos suportados pelo erário com procedimentos sejam menores. No entanto, o mesmo motivo que importa na redução de custos tem outro viés, que é a incerteza legal, causada justamente pela ausência de definições relacionadas à arbitragem de forma geral. Tais questões podem surgir dos aspectos mais básicos do funcionamento da arbitragem, como a seleção de infraestrutura e recursos humanos para serviços de secretariado, passando pela determinação da remuneração dos árbitros e definição de regras e procedimentos a serem adotados.

Por outro lado, se a escolha for por um modelo de arbitragem institucional, eles existem considerando os benefícios de oferecer toda a estrutura, o regulamento interno e o regulamento do painel arbitral concedem o procedimento. Além disso, todos esses aspectos, sejam eles mais técnicos ou processuais, já foram definidos pela instituição, deve-se levar em conta também que no que diz respeito à experiência acumulada durante a realização de outros procedimentos e subsequente prestígio devido. Desta forma, por se tratar de uma solução mais completa, a tendência é que o procedimento tenha mais segurança jurídica.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Considerando o conteúdo exposto até o momento, faz-se necessário agora analisar a jurisprudência atinente ao tema, realizando a junção entre a exposição teórica e a prática jurídica referente ao tema, analisando as decisões proferidas pelos tribunais superiores e pelo Tribunal de Contas da União.

Em um estágio inicial, o Tribunal de Contas da União (TCU) estabeleceu um entendimento de que a arbitragem não era adequada na esfera administrativa devido a estritas razões de legalidade, a indisponibilidade do interesse público, a prevalência do interesse público e a obrigatoriedade de seguir o instrumento de convocação.

O principal caso de referência na jurisprudência do TCU em relação à viabilidade da arbitragem para resolver conflitos na esfera administrativa é a Decisão n.º 286, de 1993. Nesse caso, que envolvia contratos de fornecimento de materiais e mão-de-obra entre a CHESF e o Ministério de Minas e Energia, o TCU considerou a cláusula de arbitragem ilegal, com base na falta de uma lei específica que a respaldasse, na contrariedade ao princípio da supremacia do interesse público e na obrigação de seguir as disposições do edital da licitação.

Outro acórdão que negou a previsão contratual da arbitragem devido à falta de autorização legal explícita é o Acórdão n.º 1.271, de 2005. Nesse caso, foi proibido o mero exercício do critério de oportunidade e conveniência pelo administrador ao "adotar uma inovação tão significativa".

A posição do TCU foi reforçada com a promulgação da Instrução Normativa n.º 52/07, após a análise do Acórdão n.º 1.330, de 2007, que trata do controle dos processos de licitação e contratação de Parcerias Público-Privadas (PPPs). Observa-se que essa decisão não se baseou no argumento da falta de legalidade, uma vez que o Relator considerou que a previsão legal explícita da possibilidade de arbitragem em contratos de PPP (art. 11, inciso III da lei das PPPs) forneceria um respaldo para a regulamentação jurídica. Em resumo, a Instrução Normativa já parte do pressuposto da legalidade da arbitragem em PPPs, estabelecendo apenas que a entidade concedente ou a Agência Reguladora deve manter a documentação relacionada à arbitragem arquivada, conforme a Lei de Arbitragem de 1996.

Quando se trata da posição do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à arbitragem aplicada pelo Poder Público, geralmente destacam-se dois casos que orientam o entendimento do STF: um que reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem (um agravo regimental em homologação de sentença estrangeira n.º 5.206-7, caso "b") e o Caso Lage, um precedente histórico de 1975 (caso "a"). Na decisão sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem de 1996, o STF resolveu a

questão com base no argumento de compatibilidade entre o juízo arbitral e a inafastabilidade do Poder Judiciário, pois este último não estava completamente excluído, e também com base na disponibilidade dos direitos envolvidos.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) afirmou a validade da cláusula arbitral em três ocasiões, inclusive em casos envolvendo sociedades de economia mista, com um foco substancial na questão da disponibilidade dos direitos em disputa. O STJ entendeu que, se os direitos relacionados ao conflito tiverem essa característica de disponibilidade, a arbitragem seria admissível. Para isso, o STJ fez uma distinção precisa entre dois aspectos do interesse público (o primário e o secundário). Além disso, os julgamentos também levaram em consideração a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral e a existência de uma lei específica.

No julgamento do Caso Compagás, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu que a convenção de arbitragem não necessita ser explicitamente mencionada no edital de licitação ou no contrato celebrado pela Administração Pública. É possível optar pela via arbitral quando surgir uma disputa, mediante a celebração de um compromisso arbitral ou mesmo antes, através de uma adição ao contrato que incluía uma cláusula compromissória. Portanto, mesmo se o edital de licitação e o contrato não mencionarem o método de resolução de conflitos, indicando implicitamente a via judicial, a Administração Pública e a parte contratante têm a opção de escolher a arbitragem.

O projeto de lei n.º 7.108/2014, que resultou na Lei n.º 13.129/2015, inicialmente pretendia restringir o uso da arbitragem apenas às situações em que houvesse uma previsão expressa "no edital e nos contratos da administração". Felizmente, essa restrição foi retirada do texto final aprovado no Senado Federal, demonstrando claramente que o legislador também não considera necessário mencionar a arbitragem nos editais ou contratos em que a Administração Pública seja parte.

Vale ressaltar que até mesmo disputas resultantes de relações não contratuais entre o Poder Público e particulares podem ser resolvidas por meio de arbitragem, mediante um compromisso arbitral. Questões envolvendo a responsabilidade civil

extracontratual do Estado, por exemplo, podem ser solucionadas por árbitros, pois são assuntos sobre os quais as partes podem chegar a um acordo.

Desse modo, como forma de incentivar o uso da arbitragem por parte da Administração Pública Brasileira, foi firmado entendimento de que não é preciso previsão contratual expressa de que o problema será resolvido por meio arbitral. Contudo, ainda se faz necessário que exista no órgão público um meio de adequar o uso da arbitragem aos critérios gerais instituídos pela lei federal citada anteriormente, considerando não haver nenhuma disposição específica para cada ente federativo.

Nesse sentido, apesar de restar definido que não há necessidade de disposição específica para cada ente federativo, há que se lembrar que outros fatores exercem influência direta sobre o uso da arbitragem na administração pública, como a falta de recursos e a falta de preparo dos administradores públicos.

Quanto a questão dos recursos, é preciso lembrar que o dinheiro público é auferido, em grande parte, por meio das fontes indiretas, ou seja, por meio dos impostos pagos pelos cidadãos brasileiro. Nesse caso, os escassos recursos públicos podem não ser bem geridos quando destinados para a tratativa de problemas na seara da jurisdição especial. Fora isso, os gestores públicos precisam estar prontos para saber lidar com a situação conflitiva em meio privado, tendo como objetivo único a resolução do conflito pautada nos princípios administrativos, situação que requer especial preparo, na medida em que foge as competências típicas da sua função.

Assim, ainda que seja possível resolver problemas administrativos através da arbitragem, faltam outros requisitos que seriam indispensáveis para a higidez do procedimento, como a falta de preparo dos agentes públicos para atuar nesse meio, perquirindo pelo interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trata-se de um trabalho de conclusão de curso em andamento, e por esse motivo os resultados são parciais e as considerações finais serão construídas em breve.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUBY, Jean-Bernard. **Contracting out and “public values”: a theoretical and comparative approach. *Comparative administrative law***. Susan Rose-Ackerman e Peter L. Lindseth (ed.). Northampton: Edward Elgar, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Agravo de Instrumento n. 52.181**, Rei. Min. Bilac PINTO, j. em 14.11.1973 (RTJ 68/382).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **AgRg no SE 5.206, Pleno, j. 12.12.2001**, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **REsp 904.813/PR, 3.^a T., j. 20.10.2011**, rel. Min. Nancy Andrighi; MS 11.308/DF, 1.^a Seção, j. 09.04.2008, rel. Min. Luiz Fux; REsp 612.439/RS, 2.^a T., j. 25.10.2005, rel. Min. João Otávio de Noronha.

BRASIL, Controladoria-Geral da União, **Despacho 4524 de 10.06.2013**. Coletânea de decisões da CGU: Lei de Acesso à Informação, p. 15. Disponível em: www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/e-bookcoletaneadecisoescgu.pdf>. Acesso em 10 dez. 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2012. Volume 2, Tomo I.

CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. **O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos**. *Revista de direito administrativo*, vol. 248. São Paulo: Atlas: Fundação Getúlio Vargas, mai./ago., 2008, pp. 118-126.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei n. 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.