

A INSERÇÃO DA ARBITRAGEM EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E A ATRAÇÃO DE INVESTIMENTOS PÓS-PANDEMIA
THE INSERTION OF ARBITRATION IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP ADMINISTRATIVE CONTRACTS AND THE ATTRACTION OF POST-PANDEMIC INVESTMENTS

Claudemir Fonseca Junior¹

92

Resumo: O presente artigo tem como objetivo verificar a utilização da Arbitragem pela Administração Pública para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis pós-pandemia. Questiona-se quais seriam os direitos disponíveis da Administração uma vez que, em regra, o interesse público é indisponível, bem como se é possível a utilização da arbitragem em contratos públicos. Assim, será demonstrado que a Administração Pública está autorizada a utilizar-se da arbitragem, além de também possuir direitos patrimoniais disponíveis. O método de pesquisa utilizado é o dedutivo e a pesquisa se desenvolve por meio de consultas aprofundadas a doutrinas nacionais e internacionais, leis e jurisprudência.

Palavras-Chave: Arbitragem. Administração Pública. Direitos patrimoniais disponíveis. Procedimento arbitral.

Abstract: This article aims to verify the use of Arbitration by the Public Administration to settle conflicts related to property rights available after the pandemic. It is questioned what the Administration's available rights would be since, as a rule, the public interest is unavailable, as well as whether it is possible to use arbitration in public contracts. Thus, it will be demonstrated that the Public Administration is authorized to use arbitration, in addition to also having property rights available. The research method used is deductive and the research is developed through in-depth consultations with national and international doctrines, laws and jurisprudence.

Keywords: Arbitration. Public administration. Available patrimonial rights. Arbitration procedure.

1 INTRODUÇÃO

A partir da evolução da sociedade, muitas formas adequadas de resolução

¹ Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD/SP). Licenciado no Programa Especial para Docentes com Licenciatura Plena em História pela Iseed Faved Faculdades (MG). Graduado em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes/SP (UMC). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD/SP). Atualmente é professor na Escola Nacional de Seguros (ENS/SP), na disciplina de Direito e legislação de Seguros. Atua como professor na Escola de Educação Permanente Hospital das Clínicas do Estado de São Paulo – FMUSP (CeFACS - InCor Fundação Zerbini). Membro da OAB/SP desde 2004. Advogado militante com ampla vivência em departamentos jurídicos de empresas de grande porte, com atuação nas áreas: Contratuais, Preventiva, Societário, Licitações, Contencioso de Massa (gestão processual), Compliance, Auditoria, Processo de due diligence e Controles Internos. E-mail: claudemirfonsecajunior@gmail.com.

de conflitos foram sendo criadas e, dentre elas, a arbitragem. A busca e a utilização desse método adequado e eficaz de resolução de conflito estão se tornando cada vez mais popular na sociedade brasileira. No entanto, no Brasil, ainda existe uma grande resistência à utilização desse procedimento em razão da nossa cultura superestimar o Poder Judiciário.

Neste sentido, a arbitragem permaneceu adormecida no Brasil por várias décadas, percorrendo como instituto permanente no ordenamento jurídico apenas após a edição da Lei n. 9.307/1996.

Em linhas gerais, veremos ao longo do artigo que a arbitragem é um meio adequado de solução de conflitos, privado, que é regido por árbitros escolhidos previamente pelas partes. Estes árbitros terão a condição de resolver as controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, tudo conforme o procedimento firmado pelas partes. Especificamente em relação à administração pública, em 2015 a legislação arbitral foi alterada pela Lei n. 13.129/2015, trazendo grandes e importantes avanços ao instituto da arbitragem no âmbito público, como veremos a seguir.

A grande questão, no momento, é delimitar com clareza o que é patrimônio disponível para a administração pública e quais os seus desdobramentos no procedimento vinculado a arbitragem.

Em linhas gerais, o grande desafio do artigo em tela é enfrentar os pontos nevrálgicos deste complexo assunto, demonstrando por várias vias que, no momento de retomada da economia em virtude da pandemia mundial do Coronavírus, a inclusão da cláusula compromissória nos contratos administrativos pode se tornar um componente importante para o aquecimento da economia.

Pretende-se demonstrar, ainda, quais os efeitos e as vantagens em adotar a arbitragem em temas, nos quais uma das partes seja a administração pública.

Por fim, serão desenvolvidos ao longo do artigo argumentos capazes de demonstrar que a arbitragem – como meio adequado de resolução de conflitos – pode funcionar de forma ágil e eficaz em diversos momentos da relação jurídica.

2 CONCEITO DE ARBITRAGEM E DIFERENÇA CONCEITUAL ENTRE DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS E INDISPONÍVEIS

A arbitragem é uma técnica adequada ao sistema jurídico fornecido pelo Estado para dirimir conflitos cuja essência é contratual. Para sua existência deve ser observada a condição do princípio da autonomia da vontade, o qual resulta da vontade de ambas as partes, ou seja, uma espécie de negócio jurídico de natureza bilateral.

Destarte, ambas as partes do negócio jurídico não de querer eleger a arbitragem como seu meio de solução de conflito eventual/futuro ou já instalado. Conflitos relacionados a questões cada vez mais complexas e que necessitam de agilidade – qualidade que está longe de ser encontrada no sistema de justiça exercido pelo Estado, embora seja um princípio assegurado pela Constituição Federal de 1988. Atualmente, não há um acompanhamento do sistema implantado pelo Estado para dirimir conflitos necessários num mundo extremamente veloz como o atual.

Para firmar a arbitragem é preciso observar a diferença de eventual conflito ou de conflito já ocorrido, o que será diferenciado na cláusula arbitral e no compromisso arbitral – ambos serão melhor analisados oportunamente.

Dentre as principais diferenças envolvendo o processo judicial e a arbitragem, citamos o fato de ela não ser administrada pelo Estado, mas por uma Câmara de Arbitragem, um fórum privado, cujas vantagens e desvantagens serão analisadas oportunamente no que diz respeito aos temas envolvendo a administração pública. Neste momento, é importante destacar que a arbitragem está equiparada a uma sentença extrajudicial, portanto, podem ser executada como título executivo extrajudicial.

Sobre o tema, Carlos Alberto Carmona (2009, p. 31) esclarece: “a arbitragem é um meio extrajudicial de solução de controvérsias, colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis”.

Entretanto, existe uma delimitação ao uso da arbitragem. Ela não surgiu para substituir o monopólio do Estado na solução de conflitos, mas como uma alternativa ao sistema estatal em determinadas matérias, todas definidas no artigo 1º da Lei n. 9.307/1996: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da

arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996).

A diferença conceitual entre direitos patrimoniais disponíveis (meramente patrimoniais) e indisponíveis é significativa. Este se refere a direitos protegidos por leis, não podem ser negociados, violados, nem são passíveis de o titular abrir mão deles. Em resumo, são irrenunciáveis por sua própria natureza. Na esfera pública, são bens utilizados efetivamente pelo Estado, que possuem uma finalidade específica a qual lhe fora atribuída pela Constituição Federal de 1988, como os bens de uso especial, a exemplo dos hospitais públicos.

Por sua vez, os bens materiais disponíveis são aqueles os quais as partes podem deles dispor, alienar, usar, transferir, vender, ou seja, utilizá-los sem restrições. Se não forem utilizados para a prestação de serviço estritamente público, os bens dominicais, por sua vez, são alienáveis. O Código Civil, em seu artigo 101, dispõe que podem ser alienados, observadas as exigências da lei – portanto, terão essa qualidade, de bens patrimoniais disponíveis.

2.1 CASOS DE REPERCUSSÃO ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI DE ARBITRAGEM

Um dos primeiros casos envolvendo a arbitragem no direito público foi o caso Lage, de 1973 (STF AI 52.181/GB), resultado de uma incorporação ao patrimônio nacional de bens e direitos das empresas da Organização Lage, por conta do estado de guerra declarado em 1942.

Esse caso é apontado como precedente pelos que defendem a arbitrabilidade dos litígios da administração pública, mas, em verdade, destaca-se pela excelência do voto do relator, Ministro Bilac Pinto. Sua fundamentação deriva diretamente da concepção de que a arbitragem se institui por força do mútuo consenso das partes em conflito.

É certo que o Estado pode celebrar compromisso arbitral, valendo-se de sua capacidade para contratar. O acórdão ressaltou que o juízo arbitral em questão não fora criado pelo Decreto Lei n. 9.521/1946, mas pelo mútuo acordo das partes em conflito, como é da essência da arbitragem.

2.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA ARBITRAGEM – LEIS N. 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996, E 13.129, DE 26 DE MAIO DE 2015

Em princípio é pertinente esclarecer que mesmo antes da publicação das Leis n. 9.307/1996 e n. 13.129/2015, algumas leis já previam o uso de mecanismos privados de resolução de disputas, suprimindo a omissão da Lei n. 8.666/1993. É o caso do artigo 23-A da Lei n. 8.987/1995, do artigo 11, III e da Lei n. 11.079/2004, além de normas contidas nas leis sobre telecomunicações, transportes aquaviários e terrestres e energia elétrica, dentre outras. Neste sentido, aos 29 de setembro de 1996, entrou em vigor a Lei n. 9.307/1996, dispondo sobre a arbitragem.

Em linhas gerais, à época da publicação da lei, o art. 1º, trazia a seguinte redação: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Importante destacar que a Lei n. 9.307 não autorizou nem proibiu o emprego da arbitragem pela administração pública, mas o seu artigo 1º é bastante genérico ao estabelecer que: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996). Este último requisito gerou controvérsias sobre a possibilidade ou não de uso de arbitragem pela administração pública.

A situação causou muita discussão entre os administrativistas, uma vez que estava sendo desrespeitado o princípio da legalidade estrita. Nesse contexto, a Administração deve se limitar aos ditames da lei, não podendo por meio de simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações. Para essa finalidade, depende de prévia edição legal.

Neste particular, a Lei n. 13.129/2015 resolveu a controvérsia quanto ao cabimento ou não de cláusula compromissória nos contratos administrativos em geral, mencionando expressamente no § 1º que as: “[...] administração pública direta e indireta poderão utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 2015).

3 INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS DE ACORDO COM A LEI N. 13.129/2015

A Lei n. 13.129/2015 resolveu a controvérsia quanto ao cabimento ou não do juízo arbitral para resolver os conflitos da administração. Foi permitido, de forma ampla, que a Administração Pública direta e indireta pudesse utilizar o juízo arbitral para dirimir seus conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Observa-se a redação do artigo 1º, da Lei n. 13.129/2015:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
§ 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.

97

Verifica-se que o art. 1º, § 1º, concede autorização genérica de maneira que não existe mais dúvidas quanto à possibilidade de se resolver, por arbitragem, todos os litígios da Administração Pública direta e indireta. Por sua vez, cumpre esclarecer que o § 2º dispõe que a autoridade ou o órgão competente para celebrar a convenção de arbitragem também o é para realizar acordos ou transações. O dispositivo visa assegurar a segurança jurídica, ao esclarecer que, em relação a entes da Administração Pública, poderá firmar a cláusula compromissória ou compromisso arbitral quem for autorizado para celebrar acordos. Portanto, caberá ao contratante privado verificar sempre se está contratando com quem tem poderes para tanto, para inclusive se fazer valer da convenção de arbitragem.

Neste contexto, Carlos Alberto Carmona (2009, p. 54) acrescenta “são arbitráveis controvérsias relativas a matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem”.

Pelo entendimento acima, fica claro que, se não houver proibição expressa, e não se tratando de bens indisponíveis, não há óbice para a adoção de procedimento arbitral pela administração pública.

Neste sentido, Caio César Vieira Rocha e Luis Felipe Salomão (2017, p. 24) endossam a possibilidade de a administração pública ser parte do procedimento arbitral:

Como se sabe, a administração pública age, por vezes, em nome próprio, isto é, em seu interesse secundário e, por vezes em nome do seu interesse primário. O interesse secundário é manifestamente instrumental e tem como finalidade permitir com que a Administração Pública cumpra com o objetivo de agir em nome e para o bem da coletividade. Em outras palavras, enquanto os interesses primários dizem respeito àqueles interesses que promovem e concretizam os valores eleitos pela sociedade como um todo – segurança, saúde, educação, transporte público, proteção ao meio ambiente etc – os secundários dizem respeito aos interesses patrimoniais do Estado e de suas entidades. Portanto, ainda que haja autorização legislativa para a Administração Pública optar pela via arbitral, será sempre necessário identificar caso a caso a natureza disponível do conflito.

Corroborando com o dito, segue pensamento de Luiz Antônio Scavone Junior (2014, p. 54):

Sustentam os administrativistas que a arbitragem nos contratos celebrados pela administração vincula-se à autorização legal e à existência de contrato regido pelo direito privado, como por exemplo, a locação de imóveis urbanos, em que a Administração figure como locatária. No caso de empresas públicas e sociedades de economia mista a autorização legal se resolve na medida que são equiparadas pelo código civil às pessoas jurídicas de direito privado quando exercem atividades típicas do direito privado e assumem estruturas de direito privado, submetendo-se ao mesmo regime das empresas privadas e conseqüentemente, autorizadas a dispor de seus direitos.

Vale ressaltar que, a Administração Pública adotava a arbitragem para resolver seus conflitos muito antes de ser expressamente autorizada para isso. A Lei n. 8.987/1995, que regula os contratos de concessão, no seu artigo 23, XV, determina a utilização da via amigável de solução de conflitos, desde que, evidentemente, sejam respeitados os princípios da legalidade e do interesse público. O art. 23-A, da mesma Lei, prevê expressamente a possibilidade da arbitragem nos seguintes termos: “o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa” (BRASIL, 1995).

4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EFICIÊNCIA E DA PUBLICIDADE SEGUNDO A LEI DE ARBITRAGEM

Os princípios formam uma base dentro do direito administrativo. Segundo José Cretella Júnior (1986, p. 25), destacam-se: “[...] princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”.

4.1 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A ARBITRAGEM

O princípio da eficiência é genuinamente importante para a concretização da ideia de que a utilização da arbitragem tem como função a agilidade no deslinde da querela, fazendo com que o Poder Judiciário brasileiro funcione exclusivamente para causas que exijam a sua intervenção, ou seja, atue somente para resolver questões envolvendo direitos indisponíveis.

Diante de todas essas questões, pode-se afirmar que a arbitragem atende o princípio da eficiência. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 15),

[...] o princípio apresenta-se sob dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os melhores resultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público.

Será demonstrado, em seguida, exemplo prático de uma questão solucionada através da arbitragem, ocasião em que será possível observar de forma clara a redução de custos no transcorrer do procedimento, o prazo para deslinde da questão, além da maior chance de assertividade ao exarar a sentença arbitral, pelo fato da prévia constituição de árbitros especialistas na questão discutida.

4.2 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A ARBITRAGEM

O princípio da publicidade, por sua vez, é alvo de inúmeros questionamentos, na medida em que a arbitragem tem como um dos seus componentes mais atrativos justamente a confidencialidade do seu procedimento, fator que se contrapõe diretamente ao princípio da publicidade. Buscaremos traçar

sucintamente uma evolução da confidencialidade dentro da arbitragem, de forma a demonstrar que ainda que seja um ativo valioso para os procedimentos arbitrais em geral, há uma tendência generalizada de flexibilizar esta característica, sem que o instituto da arbitragem seja desqualificado. Desta maneira, pretende-se expor a maleabilidade do paradigma da confidencialidade em direção a uma maior transparência dos procedimentos arbitrais; e, a partir dessa transparência, o movimento para a publicidade em determinados casos.

Neste particular, é necessário indagar: como conciliar a arbitragem com os princípios da publicidade e da transparência? Enquanto no Poder Judiciário prevalece a regra da publicidade dos litígios que lhe são submetidos, a arbitragem conta com o sigilo do procedimento, de maneira que a lide não prejudique a imagem de uma das partes envolvidas. Como resolver essa sensível situação?

Acerca da indagação acima, objetiva-se demonstrar que a confidencialidade não possui esse caráter de essencialidade para a arbitragem. No Brasil, a Lei Geral de Arbitragem nada dispõe quanto ao regime da confidencialidade, porém, consta uma referência explícita ao dever de discrição dos árbitros (Lei Federal n. 9.307/1996, art. 13, § 6º): “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

A legislação nacional consagrou a autonomia das partes, na medida em que deixou à sua livre escolha as regras essenciais do procedimento. E por isso, a despeito das principais câmaras de arbitragem do país disporem em seus regimentos sobre a confidencialidade dos litígios, nada impede que o acordo das partes afaste esta previsão, medida que satisfaz integralmente os princípios da publicidade.

Pode-se destacar uma franca evolução no quesito confidencialidade, relacionado a uma flexibilização dos seus efeitos na arbitragem em geral. Citamos, ainda as preocupações internacionais com a regra da confidencialidade que identificaram uma necessidade de aprimoramento do próprio instituto da arbitragem, enquanto mecanismo litigioso de resolução de conflitos. Pugna-se por maior transparência em prol da comunidade arbitral.

Entende-se que quando a arbitragem tenha por objeto uma lide envolvendo o Poder Público, a publicidade passou a ser exigida nos procedimentos em que a

Administração Pública figure como parte. Esta exigência decorre da própria Constituição Federal, ao estabelecer o princípio da publicidade enquanto máxima a ser observada pelo Poder Público, especialmente nos contratos administrativos por ela elaborados. No âmbito infraconstitucional, a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) visa ampliar os instrumentos de controle social por meio da divulgação de dados referentes ao Poder Público, embora ressalve o sigilo nos casos imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado (artigo 23). Ainda em relação ao sigilo de dados do Poder Público, o Decreto n. 7.724/2012 permite que a divulgação de dados de estatais exploradoras de atividade econômica tenha menor abrangência, com o intuito de assegurar sua competitividade e os interesses de seus acionistas.

Portanto, é possível sustentar que a arbitragem é conciliável com a transparência e com a publicidade. Nada torna a arbitragem em si menos adequada para lidar com operações de natureza público-privada e, conforme visto recentemente, de natureza tipicamente pública. Ao contrário, talvez seja o momento de se explorar melhor como demonstrar que as características inerentes a uma arbitragem podem ser a melhor saída para garantir respostas rápidas e precisas a novos questionamentos.

5 ARBITRAGEM VERSUS JURISDIÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO DO DIREITO PÚBLICO

Acerca do funcionamento da Arbitragem na administração pública pretende-se demonstrar da forma mais prática possível seus mecanismos no que tange aos valores e plano temporal para o deslinde de uma questão.

Neste sentido, os casos envolvendo a administração pública submetidos à arbitragem, são valores extremamente vultosos e, em regra, referem-se a demandas envolvendo a construção civil ou telefonia, por exemplo.

São diversos os custos que podem incidir no processo arbitral, como taxas administrativas e honorários dos árbitros. Ante as peculiaridades do regime jurídico aplicável à Administração, é forte o entendimento doutrinário para que a cláusula arbitral preveja que o pagamento dos custos do processo arbitral fique, inicialmente,

sob a responsabilidade do particular e, ao final do processo, que as despesas sejam ressarcidas em caso de sucumbência da administração.

Em tempo, pode-se avançar nas nossas justificativas alegando que, embora as demandas envolvendo a administração pública, em sendo tratadas na esfera judiciária, conceda a isenção do pagamento de custas e prazo dobrado, perde-se no quesito velocidade para o deslinde da questão, o que pode gerar uma série de outros prejuízos ao erário.

Concluindo, Marinoni e Arenhart (2009, p. 343) esclarecem que a arbitragem surgiu como forma alternativa à resolução dos conflitos, caminhando ao lado da jurisdição tradicional, com o objetivo de reduzir o formalismo exagerado do processo tradicional e dar maior agilidade na resolução dos problemas. Defendem, ainda, que a arbitragem pode dar soluções mais adequadas a diversas situações concretas de litígio. Assim, a solução arbitral tem-se apresentado como uma alternativa interessante e eficaz para a solução de litígios que envolvam pessoas capazes de contratar e que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

José Augusto Delgado (2008, p. 230) ressalta que a arbitragem visa consolidar os anseios daqueles que estão insatisfeitos com a morosidade da prestação jurisdicional, que contribui para aumentar o grau de discórdia entre as partes e afronta o direito constitucional de ver o seu direito apreciado em tempo razoável.

Como exemplo, citaremos os prejuízos com as paralisações de obras públicas, quer seja por divergências contratuais no que tange à análise de determinada cláusula contratual, quer seja por litígios propriamente ditos, por descumprimento de cláusula contratual.

6 IMPACTOS DA PARALISAÇÃO COM AS OBRAS PÚBLICAS

Para se ter uma ideia dos prejuízos dos custos que as obras paralisadas com recursos públicos impõem ao país, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC), o SENAI e a Consultoria Internacional de Negócios Inter.B, realizaram em conjunto um estudo indicando os Impactos Econômicos e Sociais da paralisação das obras públicas (FRISCHATAK et al., 2018, p. 25).

Os números apresentados impressionam e, lamentavelmente, demonstram todo o descaso da administração pública com o gerenciamento dos recursos públicos.

Ademais, pode-se asseverar que a Administração Pública é um dos maiores responsáveis pela morosidade do Poder Judiciário, tanto por não cumprir espontaneamente suas obrigações quanto por utilizar-se de litigância excessiva, valendo-se das prerrogativas que lhe são conferidas para onerar o sistema judiciário, muitas vezes utilizando-se de chicanas para procrastinar determinados atos jurídicos e protelando de forma nociva o encerramento das demandas.

O ponto nuclear da questão aqui tratada e extremamente comum consiste no fato de que além de trazer prejuízo à população com a ineficácia na conclusão de obras, traz prejuízo também às pessoas lesadas por atos ou omissões da Administração Pública que não conseguem receber administrativamente a indenização pelos descumprimentos contratuais, mesmo que os fatos já estejam demonstrados, de maneira a formar a certeza de qualquer julgador. A esse respeito, leciona Marçal Justen Filho (2008, p. 967):

O Estado tem o dever de promover espontaneamente a liquidação do dano. Configurados os pressupostos de sua responsabilização civil, a remessa do interessado à via judicial configurará uma segunda infração pelo Estado a seus deveres. A primeira infração se consumou quando o Estado deu oportunidade à concretização do dano. A segunda ocorre quando se recusa a arcar com a responsabilidade daí derivada.

Pode-se elencar uma série de situações nas quais a Administração Pública não cumpriu as obrigações impostas nos contratos administrativos e, propositalmente, buscou protelar a conclusão do processo utilizando-se dos instrumentos judiciais. É o que mostram alguns dos exemplos abaixo.

Foi proferida aos 19 de abril de 2017, no processo 1005577-98.2016.8.26.0286, sentença da 3ª Vara Cível de Itu/SP, em ação promovida com base no art. 7º da Lei n. 9.307/1996, que supriu cláusula arbitral vazia mediante a escolha de instituição arbitral reputada adequada para a administração do litígio envolvendo um contrato de concessão do Município de Itu (SP). A solução foi baseada em acórdão proferido no mesmo processo pelo Tribunal de Justiça de São

Paulo.

Em conflito relativo a contrato de concessão de serviço público celebrado com o Município de Itu (SP), a empresa concessionária Águas de Itu Exploração de Serviços S/A iniciou procedimento arbitral perante a Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB). A peculiaridade é que a cláusula compromissória em questão é vazia, isso é, limita-se a afirmar que os litígios decorrentes do contrato de concessão devem ser resolvidos por meio de arbitragem. Não indica a instituição responsável pela administração do procedimento nem outras regras para a instituição da arbitragem. No entanto, a concessionária reputou que a CAMARB seria instituição adequada e requereu a instauração da arbitragem com sede em São Paulo (SP) segundo as regras daquela instituição. O demandado (Município de Itu) foi notificado para responder ao pedido de instauração da arbitragem, ocasião em que lhe caberia manifestar sua eventual objeção à arbitragem ou à instituição escolhida. Conforme consta da sentença, o Município efetivamente se opôs à instauração da arbitragem e arguiu a existência de cláusula arbitral vazia. Diante disso, em agosto de 2016, a concessionária promoveu a ação prevista no art. 7º da Lei 9.307/962, a fim de obter a lavratura de um compromisso arbitral ou sentença que preenchesse as lacunas deixadas pelas partes na cláusula compromissória.

104

Conforme fundamentado acima, a instituição da arbitragem mostra-se obrigatória, de sorte que, por ora, não se verifica nenhum impedimento para o deferimento do pedido de tutela de urgência para dar continuidade ao procedimento instaurado. De fato, a arbitragem institucional mostra-se a melhor alternativa por se valer de entidade especializada, sobretudo, por envolver ente público.

A Câmara indicada na petição inicial, nesta fase inicial, não apresenta nenhum impedimento ou suspeição. É importante destacar que o município não impugnou a escolha feita pela autora em sua manifestação apresentada no procedimento arbitral instaurado. Pelo contrário, apresentou “pedido contraposto-reconvenção” em que requer a condenação da autora pagamento da reparação de danos.

O risco ao resultado útil do processo também é evidente, tendo em vista que o atraso do procedimento arbitral prejudica às partes que correm o risco de terem a solução definitiva do conflito se postergar por tempo imprevisível. Portanto, de rigor a concessão da tutela de urgência para autorizar o prosseguimento do procedimento arbitral.

Em acórdão que negou provimento ao recurso do Município, a 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) assim se manifestou: “A

Lei n. 8.437/1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, é reiteradamente citada pelo agravante para arrimar suas alegações” (SÃO PAULO, 2016).

A arbitragem institucional supre tais riscos. Isso principalmente porque conta com regras pré-estabelecidas (regulamento de arbitragem) determinando a estrutura processual básica, calendário inicial de procedimento, mecanismos de indicação de árbitro(s), regras resolvendo questões relativas à impugnação deste(s), local para audiência, determinação de honorários de árbitros e, inclusive, mecanismos que previnem ou reduzem o risco de inexecutabilidade da sentença arbitral por vícios formais.

Basta ver que todos os atos normativos que regulam a arbitragem com a Administração Pública (MP n. 752/16, Decreto n. 8.465/2015, Lei estadual de MG n. 19.477/2011) contemplam arbitragem institucional e até mesmo regulam em maior ou menor detalhe as características da instituição admissível. O art. 4º do Decreto n. 8.465/2015 exige que a eventual opção pela arbitragem ad hoc seja justificada, estabelecendo a institucional como preferencial.

Além disso, a sentença reafirmou orientações consolidadas relativas à arbitragem envolvendo entes da Administração Pública.

Mas o pronunciamento reveste-se ainda de interesse muito especial porque, dando um passo além, reconheceu o descabimento de licitação para escolha de árbitros de instituição arbitral. Apesar de a doutrina já ter se posicionado nesse sentido, não se conheciam decisões judiciais a respeito. A sentença esclareceu: “trata-se de hipótese específica em que há necessidade de profissionais ou empresas de notória especialização, conforme autorizado pelo artigo 25, da Lei n. 8.666/1993”.

Desta forma, fica evidente que a atuação da advocacia pública é pautada, geralmente, por uma incansável defesa da entidade pública representada. Em princípio, é o que se espera de qualquer advogado em defesa de seu cliente. Porém, essa ideia é levada a um ponto que ultrapassa os limites da razoabilidade.

Conforme será demonstrado, além dos pontos negativos mencionados acima, pode-se somar ainda o enorme desinteresse dos parceiros externos (investidores) de alinhar negócios com a administração pública brasileira, vez que,

se houver qualquer ruptura no contrato ajustado, a querela seria levada ao nebuloso labirinto do Poder Judiciário brasileiro.

Não por ser superior ao caminho clássico de resolução de conflitos, consistente na sua submissão ao Poder Judiciário, a arbitragem é valiosa por permitir uma customização maior e uma desejada celeridade na resolução de disputas entre contratantes. São características em geral relevantes, mas cujo valor aumenta em operações mais complexas e que demandam como já dito a especialização e o foco, o que um Poder Judiciário infelizmente sobrecarregado de processos quase sempre não consegue oferecer.

Portanto, imperioso enfatizar que muitas empresas externas, ao alinharem contratos com a administração pública, exigem que eventual litígio seja tratado no âmbito da arbitragem, evitando ao máximo o contato com o Poder Judiciário brasileiro que, conforme delimitado, traz uma ideia de lentidão, onerosidade e prejuízo, elementos que qualquer entidade empresarial busca evitar nos dias atuais.

7 RETOMADA DA ECONOMIA PÓS-PANDEMIA – A ARBITRAGEM COMO FACILITADORA DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS EXTERNOS

A pandemia mundial causada pelo coronavírus (covid-19), que atingiu o Brasil durante todo o ano de 2020, e que ainda segue revelando números alarmantes de mortes e doentes, trouxe inúmeros prejuízos à economia global, motivada pelo fechamento de restaurantes, lojas de departamentos, magazines, e inúmeros outros estabelecimentos por conta das limitações impostas pelos governos nacionais e internacionais buscando conter as aglomerações e estancar a proliferação do vírus. Neste sentido, visualizamos a arbitragem como uma importante ferramenta para a retomada da economia, a ser utilizada como um instrumento facilitador no momento da negociação contratual.

Os governos federais, estaduais e municipais precisarão de recursos, para, por exemplo, retomarem as obras no setor civil, importante segmento que contribui generosamente para a redução da taxa de desemprego.

Nesse contexto, a opção pela arbitragem e, em última análise, seu sucesso depende de as partes vislumbrarem nesse mecanismo características mais

adequadas em comparação às oferecidas pelo Poder Judiciário e por outros meios adequados de resolução de conflitos. Entre as principais vantagens estão a especialização dos julgadores, eleitos sob medida para atender às necessidades de cada litígio, o que permite um desfecho eficiente, e a preservação das relações contratuais de longo prazo.

No comércio internacional, por exemplo, a arbitragem já é utilizada há muito tempo, e seu escopo é gradativamente alargado nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Não tem sido diferente no Brasil. As mudanças da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), alterada pela Lei n. 13.129/2015, deram continuidade à ampliação da lista de matérias arbitráveis e de sujeitos que podem se submeter ao mecanismo. Um bom exemplo é a arbitragem envolvendo o poder público: a prática era permitida, mas suscitava questionamentos e incertezas. Considerando que a inclusão de uma cláusula arbitral é hoje vista como um dos fatores preponderantes na tomada de decisão de contratação com a administração pública (especialmente por estrangeiros), o legislador supriu a lacuna no âmbito federal para expressamente afirmar a validade de processos arbitrais envolvendo entes públicos – desde que respeitado o princípio da publicidade.

Desta forma, seguindo direto ao tema, os quesitos relacionados à celeridade, especialização, adaptabilidade e internacionalidade são características marcantes da arbitragem, que funcionam como elementos preponderantes na tomada de decisão pela inserção de cláusula compromissória quando da negociação de um determinado contrato, facilitando a negociação para captar recursos externos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode observar, existia uma grande resistência por parte da Administração Pública em resolver seus litígios através do juízo arbitral. Foi apenas com o avanço legislativo e jurisprudencial dos últimos anos que as objeções iniciais quanto ao método adequado foram superadas. No entanto, isso não significa que não restam mais dúvidas a respeito do uso da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta.

Inicialmente, apenas as pessoas capazes de contratar eram autorizadas a

utilizar o juízo arbitral. Não havia referência alguma ao Poder Público. Apenas em 2015, com a Lei n. 13.129/2015, foi autorizado expressamente que a Administração Pública pudesse utilizar-se da arbitragem. Logo, não havendo mais dúvida quanto à arbitrabilidade subjetiva da Administração, surgiram novas incertezas de caráter mais específico e prático, atinentes ao processo arbitral quando num dos polos está a Administração Pública.

Restou, então, a incerteza quanto à matéria a ser submetida à arbitragem, pois a Lei arbitral autorizou a serem dirimidos pelo juízo arbitral, apenas os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

No entanto, essa norma foi omissa quanto ao que são direitos patrimoniais disponíveis para a Administração Pública, o que deixa a dúvida se a Administração pode mesmo utilizar-se desse método adequado para resolver conflitos, haja vista a incompatibilidade do princípio da indisponibilidade do interesse público com a disponibilidade de direitos.

Em regra, a Administração tem como maior objetivo satisfazer o interesse público, o qual é indisponível, pois não é dada ao Poder Público a possibilidade de dispor do interesse, renunciando a sua satisfação, eis que não lhe pertence, mas pertence à coletividade.

Todavia, não há que se levar a indisponibilidade de direitos como algo absoluto, pois em alguns casos, pode ser mais razoável que a Administração disponha de direitos, isto é, a Administração jamais poderá dispor do interesse público, mas poderá dispor de direitos de sua titularidade visando satisfazer da melhor forma o interesse público.

Nesse viés, o interesse público divide-se, então, em primário e secundário. O primeiro é indisponível, pois representa o interesse da coletividade; o segundo, disponível, pois representa os direitos de titularidade da Administração Pública. Portanto, evidente que apenas os litígios envolvendo o interesse público secundário são passíveis de serem resolvidos por um juízo arbitral. Logo, se a Administração pode contratar, celebrar acordos e transações, pode também submeter-se à arbitragem para compor litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis. Dessa forma, as discussões a respeito de (in)adimplemento de obrigações contratuais, manutenção do equilíbrio financeiro do contrato, efeitos

patrimoniais do exercício dos poderes de que dispõe a Administração no âmbito de um contrato ou da sua extinção, podem ser solucionador pela arbitragem, pois tratam-se de direitos disponíveis. Assim, se o litígio pode ser solucionado pelas partes, mediante acordo, transação, nada impede que as partes pactuem de submeter eventual litígio ao juízo arbitral.

Ao final, vemos a importância da arbitragem como elemento de atração englobado pela segurança jurídica, essa sim, fator preponderante da economia, além de contribuir largamente para ser o elemento fulcral na decisão do setor privado, principalmente estrangeiro, em de fato assinar uma Parceria Público-Privada.

Atualmente, em decorrência da grave crise econômica e social provocada pela pandemia da Covid-19, é esperada uma expressiva propositura de ações judiciais, perante o Poder Judiciário estadual e federal. Pode-se prever um colapso do Judiciário, que já estava assoberbado de processos mesmo antes da pandemia, e que, agora, enfrenta uma quantidade imensa de ações decorrentes de mudanças legislativas e, notadamente, em razão de conflitos gerados pelos gravíssimos impactos econômicos, decorrentes da necessidade de isolamento social.

A grande maioria dos negócios jurídicos, no Brasil e no exterior, sofreram fortes impactos diante das repercussões negativas da covid-19 e foram desequilibrados pela abrupta crise econômica dela decorrente. Grande parte desses desajustes inevitavelmente vai parar no Poder Judiciário.

Os fatores acima expostos, inevitavelmente afastam investidores e geram, por si só, uma série de inseguranças jurídicas e sociais, na medida em que ao compreender que a arbitragem desenvolvida dentro da administração pública torna-se um instrumento facilitador e agregador, atuando definitivamente como uma ferramenta que contribua na resolução adequada de conflitos, faz com que investidores, principalmente estrangeiros, já habituados a este tipo de procedimento, se sintam novamente atraídos e seguros em desenvolver investimentos em solo brasileiro, sabendo que em havendo qualquer litígio estes serão submetidos a um sistema jurídico mais leve e dinâmico, fugindo do nebuloso campo apresentado pelo judiciário brasileiro, que como dissemos está há beira de colapso.

Entende-se que ficou definitivamente demonstrado que, com a adoção da

arbitragem em temas nos quais uma das partes seja a administração pública, e em se tratando de direitos disponíveis, teremos a consequente diminuição de eventuais querelas que levariam anos sendo discutidas no Poder Judiciário, haja vista ser a administração pública uma das maiores responsáveis pela sua morosidade, tanto por não cumprir espontaneamente suas obrigações quanto por utilizar-se de litigância excessiva, valendo-se das prerrogativas que lhe são conferidas para onerar o sistema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto n. 8.465**, de 8 de junho de 2015. Regulamenta o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8465.htm. Acesso em: 08/02/2021.

BRASIL. **Lei Ordinária n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 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 pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 08/02/2021.

BRASIL. **Lei n. 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 08/02/2021.

BRASIL. **Lei n. 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 08/02/2021.

BRASIL. **Lei n. 19.477**, de 12 de janeiro de 2011. *Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras*

providências. Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=142620>. Acesso em: 08/02/2021.

BRASIL. **Lei n. 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Acesso em: 08/02/2021.

BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da **Lei nº 8.159**, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 08/02/2021.

BRASIL. **Medida provisória n. 752**, de 24 de novembro de 2016. Dispõe sobre diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria que especifica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv752.htm. Acesso em: 08/02/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Agravo de Instrumento 52181/GB**. Negado provimento ao recurso. Acórdão n. AI 52181 GB. Relator: Bilac Pinto. 14 de novembro de 1973.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um Comentário à Lei n. 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FRISCHATAK, Cláudio R. et al. **Impacto econômico e social da paralisação das obras pública**. Brasília, Câmara Brasileira da Indústria e da Construção, 2018. Disponível em: https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Impacto_Economico_das_Obras_Paralisadas.pdf. Acesso em: 08 fev. 2021.

GARCIA, Flávio Amaral. A escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais: licitar ou não? **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 150, 2016. Disponível

em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-escolha-dos-arbitros-e-das-camaras-arbitrais-licitar-ou-nao>. Acesso em: 5 nov. 2020.

ITU (SP). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Decisão Judicial. 3ª Vara Cível Foro de Itu. Águas de Itu Exploração de Serviços de Água e Esgoto S/A. Processo n. 1005577-98.2016.8.26.0286. Juiz de Direito: Fernando França Viana. 19 de agosto de 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara e os árbitros. **Revista Brasileira da Advocacia**, São Paulo, ano I, n. 1, p. 103-150, abr.-jun. 2016. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2016;2001089>. Acesso em: 08 fev. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos – habitabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? **RDM**, São Paulo, n. 134, p. 148-163, abr.-jun. 2004. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf. Acesso em: 5 nov. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Procedimentos especiais**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Inexigibilidade de licitação na escolha do árbitro ou instituição arbitral nas contratações públicas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 285, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/inexigibilidade-de-licitacao-na-escolha-do-arbitro-ou-instituicao-arbitral-nas-contratacoes-publicas>. Acesso em: 5 nov. 2020.

ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem, mediação e conciliação**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SOARES, Carlos Henrique; LIMA, Daniela Silva; TOLEDO, Luciana Aguiar S. Furtado de. (Des)necessidade de processo licitatório para escolha de câmara arbitral. **Revista CEJ**, Brasília, DF, ano XVI, n. 58, p. 44-49, set. Dez. 2012.

Recebido em: 04/07/2021

Aprovado em: 10/02/2022