

Arbitragem de Conflitos com a Administração Pública: a razão de ser da negação e a legitimidade da acolhida

Arbitration of Conflicts With the Public Administration: the reason for the denial and the legitimacy of the acceptance

Poliana Ribeiro dos Santos¹
Nailton Souza Melo²
Bettieli Barboza da Silveira³

Resumo: Esmerado em dois grandes princípios do Direito Brasileiro, o Princípio da Indisponibilidade da Administração, presente no Direito Administrativo e, o Princípio da Celeridade, própria do Direito Processual, a Arbitragem de Conflitos enquanto Forma Adequada de Solução de Conflitos assume uma posição de empreendimento no desvencilhar do arriscado mercado dos contratos com a Administração Pública. Ocorre que, o Estado-juiz é sujeito de grande controvérsia no que concerne à capacidade e imparcialidade em dirimir conflitos que versem sobre interesses públicos diretos ou indiretos. Os avanços da legislação no sentido de acolher a arbitragem como forma de dirimir conflitos havidos entre a iniciativa privada e o setor público revelam a superação de um antigo problema de aplicação, a falta de legitimidade para o método, ao mesmo que, forte tendência alinhada com a Política Liberal Internacional. Nesse sentido, este estudo objetiva responder: Como se dá a aplicação do instituto da arbitragem na Administração Pública? Para tanto, empreende-se pesquisa bibliográfica e documental. Compreende-se sumamente importante esse estudo como forma de esclarecer temática de notória controvérsia. O estudo demonstra a utilização da arbitragem como forma de mitigar o monopólio do estado sobre a solução de conflitos, sem com isso, se afastar da rigidez do processo resolutivo, uma marca da arbitragem evidente na heterocomposição como forma de afirmar regras. É neste íterim que, há o interesse por aprimorar a confiança nos contratos privados com a Administração Pública.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Métodos Adequados de Solução de Conflitos – MASCs. Contratos.

Abstract: Carefully based on two major principles of Brazilian Law, the Principle of Unavailability of Administration, present in Administrative Law, and the Principle of Celerity, typical of Procedural Law, Conflict

¹ Doutora e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

² Graduado em Psicologia em 2019 e graduando em Direito desde 2020. Especialista em Psicanálise Clínica em 2021.

³ Doutora e Mestra em Psicologia pela Universidade Federal de Santa Catarina, na área Saúde e desenvolvimento psicológico, com ênfase em Atenção psicossocial, cultura e ambiente.

Arbitration as an Appropriate Form of Conflict Resolution assumes a position of enterprise in disentangling of the risky market of contracts with the Public Administration. It so happens that the State-judge is the subject of great controversy regarding its capacity and impartiality in resolving conflicts that deal with direct or indirect public interests. The advances in legislation in the sense of accepting arbitration as a way of settling conflicts between the private sector and the public sector reveal the overcoming of an old problem of application, the lack of legitimacy for the method, at the same time as a strong tendency aligned with the International Neoliberal Policy. In this sense, this study aims to answer: How is the application of the arbitration institute in Public Administration? For this purpose, bibliographical and documental research is carried out. It is understood that this study is extremely important as a way of clarifying a notoriously controversial issue. The study demonstrates the use of arbitration as a way of mitigating the state's monopoly on conflict resolution, without moving away from the rigidity of the resolution process, a hallmark of arbitration evident in heterocomposition as a way of asserting rules. It is in the meantime that there is an interest in improving trust in private contracts with the Public Administration.

Keywords: Administrative law. Appropriate Conflict Resolution Methods. Contracts.

1. Introdução

O surgimento do Estado e seu consequente desenvolvimento é marcado por pelo menos dois potentes elementos, primeiro, o entrelaçamento na vida privada, e segundo, a construção de um sistema com especial capacidade de desdobramentos e reedição, que o fazem grande, complexo e dispendioso. Intrinsecamente na vida privada, elabora dentro seus infundáveis e atinentes conceitos, a organização social, harmonia, bem-estar, segurança, qualidade de vida, justiça e promoção de direito (s), imputando aos particulares a retirada da liberdade de agir, necessária para a coexistência e agregação (ADORNO & PASINATO, 2007; DOS SANTOS & DE MELO, 2017).

Entretanto, esses desdobramentos, revelam no próprio Estado, uma instância de poder maior que sua própria capacidade de realizar eficazmente suas competências, do agir em retorno para com os cidadãos na promoção de seus direitos e garantias, na forma de serviços e demais prestações. Nesse sentido, instrumentos como a Justiça e a Administração Pública, figuras de

difícil dissociação, acabam se defrontando com defeitos de grande aversão popular, como a morosidade de seus processos e procedimentos. Tudo isso, ainda nas primeiras décadas da redemocratização do Brasil, marcada pelo resgate de direitos outrora suprimidos, da incorporação de recém-evocados direitos da segunda parcela do Século XX, repelidos até a Constituição de 1988 e, das continuadas lutas de grupos sociais historicamente invisibilizados (SADEK, 2008; DOS SANTOS & DE MELO, 2017).

Como leciona Grinover (2003) e Schmidt e Bruxellas (2022), em posição otimista, convergidos para a promoção da eficiência da Administração, está a incorporação dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos que se orientam enquanto instrumentos para, ampliando a promoção da justiça além da esfera do judiciário, promover o aproveitamento mais adequado do tempo, almejando soluções mais instantâneas e congruentes com a natureza dos conflitos. Entretanto, realizando recorte temático para a Arbitragem de Conflitos, preserva-se o ânimo heterocompositivo comum dos litígios, ampliando-o para além da figura do Estado-juiz, incorporando legitimidade a terceiro (s) imparcial (is). Nessa toada, forma o seguinte problema: Como se dá o ingresso e aplicação do instituto da arbitragem na Administração Pública?

Partindo da hipótese de que há a busca por mitigar a rigidez estatal na solução de conflitos, criando novas e menos abstratas formas resolutivas, sem passar pela judicialização, esse artigo assume como objetivo central investigar como a arbitragem começou e tem sido adotada no âmbito da Administração Pública. Importam-se como objetivos específicos, conceituar Administração Pública, contratos desta Administração e verificar posições doutrinárias sobre como a arbitragem é acolhida pelo Poder Judiciário no tratamento de conflitos que envolvam o Estado como parte em conflito. Para tanto, realizou-se levantamento bibliográfico em bases de dados científicos e pesquisa documental, como forma de subsidiar os conceitos investigados e dar mobilidade à atividade arbitral na justiça brasileira. Empreendeu-se reunir

um material que pudesse situar o método adequado de solução de conflitos enquanto técnica com potencial de êxito na solução de conflitos no âmbito dos contratos da Administração Pública, alternativamente às lides, conquanto, ocorrem uma dupla posição doutrinária que, de um lado refreia seu uso e de outro a recomenda.

2. A Administração Pública, Interesse Público e a Expansão da Atividade Estatal.

A Administração Pública é, segundo Valentim Neto e Gomes (2019) um conjunto de instituições que, por intermédio de planejamento sistemático, envolvendo recursos materiais e humanos, realizam a função administrativa do Estado, desenvolvendo a todas as matérias atinentes à Ordem Política, Econômica e Social.

Para tanto, a Administração, é revestida pela Carta Magna em seu Artigo 37, por princípios norteadores, sendo eles, Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Princípios esses que, são compromissos da Administração Pública direta ou indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

De Olivo (2015) e Niebuhr (2021), estudiosos do Direito Administrativo, lecionam que o princípio da Legalidade determina que Administração deve cumprir a lei, de modo que o administrador deve ter sua atuação determinada na estreita jurisdição, diferentemente do cidadão comum que em exercício de seus direitos pode fazer tudo aquilo que a lei não veda.

No princípio da Impessoalidade, o administrador não deve agir em nome de sua vontade, atendendo em prioridade ao interesse de sujeitos por ele determinados arbitrariamente, outrossim, deve atender a todos, eliminando qualquer preferência que não aquela que lhe for estipulada por lei, sem favoritismos pessoais, político ou partidários. O ato de um funcionário

público seria a realização da vontade da Administração, pois, o administrador age materializando o Estado.

A Moralidade regula o comportamento do administrador em agir de maneira ética, proba e afirmada da sobreposição do interesse público sobre o particular. São apreciáveis comportamentos íntegros, honestos e alinhados com o cargo que ocupa.

A Publicidade é um princípio garante da ciência popular dos meandros do funcionamento da administração. Sendo seus atos públicos, verificáveis e questionáveis, devem corresponder a um 'lugar' e método para que possa ser ofertado à consulta popular. A publicidade dos atos da Administração é realizada e regulada por órgãos oficiais.

O princípio da Eficiência, introduzido pela chamada Reforma do Estado, ocorrida em 1998, é acompanhada de noções próprias da iniciativa privada, como a eficácia, resultados, controle, avaliação e cumprimento de metas, e está relacionada com a capacidade do Estado em produzir aquilo a que se propõe com economia e qualidade.

Leciona Petry (2021) que, esparsos em outras passagens da Carta Magna ocorrem outros princípios: supremacia do interesse público sobre o privado; igualdade; finalidade pública das ações; indisponibilidade do interesse público; continuidade; motivação e fundamentação dos Atos Administrativos; razoabilidade e da proporcionalidade; hierarquia; controle judicial e; especialidade.

Como citado anteriormente, a passagem do Estado do mundo abstrato para a realidade, demanda a participação de sujeitos, estes, conforme Nohara (2022), incumbidos definitiva ou transitoriamente de exercer alguma função estatal. Os agentes públicos podem ser classificados em: políticos (prefeito, vereador, secretários e ministros); militares (Polícia Militar, Bombeiro Militar e Forças Armadas); comissariado (diretores, chefes e assessores); temporários (contrato por Processo Seletivo Simplificado); efetivos (estáveis originários de

concursos públicos); empregados públicos (vínculo celetista) e; particulares em colaboração com a Administração (mesários, estagiários, voluntários, membros do Tribunal do Júri e cartório).

Dentre outras formas de realização da administração estão em seus bens, órgãos, serviços e negócios/ contratos. Dentre os bens, há classificação entre bens de uso comum do povo (praças e afins), bens de uso especial (afetados à administração pública, como os imóveis em que se realizam serviços públicos ou abrigam o governo) e bens de uso dominicais (sem afetação, podem ser representados por áreas de preservação ambiental e veículos fora de uso).

O conceito de serviços públicos no Brasil, inspirado no Conselho de Estado Francês, define a competência dos órgãos públicos, que por meio da atuação de tribunais constituíram instrumento de afirmação, expansão e proteção da competência da jurisdição administrativa. Esta, paulatinamente se desenvolve no sentido das repartições de competências, que agem em devolução ao cidadão da razão de existir do Estado – os serviços públicos são a expressão da intervenção, regulação e determinação da vida privada – e miram a promoção de direitos do cidadão (CONRADO, 2017).

Segundo Horbach (2016), o campo dos negócios/contratos da Administração, estudado nas disciplinas de Contrato Administrativo, é uma prática que pode ter acompanhado a história das Administrações Públicas e do Estado, conferindo o ápice de desenvolvimento no Conselho do Estado Francês e, representa a história das parcerias entre o setor público e o privado. Comum desde as diversas experiências de domínio absolutista, no que concerne à concessão de terras, às democracias atuais, representando avanços e riscos ao erário, realizando as negociações necessárias para que se propicie, dentre outras coisas, a existência dos serviços públicos e o estímulo ao mercado.

3. Os Contratos da Administração.

A matéria de Contratos da Administração, no cenário brasileiro, conforme estudo de Dourado (2020) e Sanches (2018), recebe grande influência da doutrina francesa no início do século XX, sendo caracterizada por regime jurídico especial e tem direcionamento centralizado na garantia dos serviços públicos. Até então, a matéria parecia de pouco interesse do legislador brasileiro, com destaque para apenas duas normas, o Decreto 4.536/22, sob a alcunha de Código de Contabilidade Pública da União e, o Decreto 15.783/22, que regulamentava o referido código.

A virada de mesa rumo ao aprimoramento de legislações que dessem conta do tema dos contratos administrativos ocorre com a transição para a incipiente democracia pré-Regime de Exceção, em que, o Estado não estaria mais sozinho no cuidado com as contas públicas, acompanhando-lhe a participação popular, em especial, com a regulação da ação popular já em 1965 pela lei 4.717. Com a chegada da Constituição Cidadã, de 1988, essa intervenção popular é ampliada com a ação civil pública, habeas data e afins.

É em 1986, com o Decreto-lei 2.300, que o contrato administrativo ganha tratamento orgânico e sistematizado, sendo seguido da Lei 8.666/1993, da Lei 8.987/1995, da Lei 9.074/1995 e da Lei 11.079/2004. Há uma sequência organizativa da elaboração dos contratos da administração no sentido das concessões, permissão de prestação de serviços públicos e o aparecimento das parcerias público-privadas. As permissões passaram do nível de atos administrativos precários, discricionários e unilaterais para o campo contratual. Até então, os contratos da administração estavam sumamente marcados pela verticalidade de poderes e representação, lotado de cláusulas exorbitantes e pacíficos na jurisprudência da solidez do domínio do Estado.

Estorninho (1990 Apud DOURADO, 2020), leciona que, acompanhando as transformações do Direito Administrativo em âmbito internacional, os

questionamentos sobre o inalcançável poder do Estado e da rigidez de seus contratos, começam a trazer para o âmbito jurisprudencial a necessidade de serem discutidas inovações fortemente alinhadas com a autonomização do Direito Administrativo em face do Direito Constitucional. Isso representa forte aproximação com o consensualismo e com o princípio da prossecução do interesse público. De modo que, há ao mesmo que a necessidade de haver continuidade dos serviços públicos, a expressão de vontades comuns entre as partes na atividade contratual. O consensualismo, por seu turno, não existe em plenitude, sendo sumamente atravessado pela posição impositiva da vontade do Estado, de modo que, a vontade da parte em colaboração com a Administração é mitigada, controlada e de inequidade.

Lecionam Nohara (2022) e Bordalo (2021), que os Contratos administrativos são classificados em: contratos de concessão; empreitada; tarefa; contrato de fornecimento; contratos de eficiência; convênio; consórcio público e; contratos de serviços terceirizados.

Os contratos de concessão, confere ao particular o exercício de serviço público, execução de obra pública e o uso do bem público. Podendo ainda ser caracterizado pela concessão patrocinada ou pela concessão administrativa.

Na primeira, ao mesmo tempo que ocorre a cobrança de tarifas ao usuário, ocorrem prestações pecuniárias do parceiro público ao privado. Na concessão administrativa, o Poder Público é usuário direto ou indireto das obras executadas e da instalação de bens.

A empreitada, caracterizada pela execução de obra ou de serviço mediante remuneração fixada, é de risco do particular, semelhante ao que ocorre no direito privado, no entanto, incidente de cláusulas exorbitantes. Poder ser do tipo ‘de labor’, referindo-se apenas a atividade prestada ou, ‘mista’, quando a atividade e o fornecimento de material coincidem na mesma pessoa. No caso, o empreiteiro não está subordinado à Administração.

A tarefa, delineada pelo Artigo 6º da Lei 14.133/2021, é definida como a contratação de mão de obra para atividades de menor monta, com preço certo, com ou sem fornecimento do material, dispensando a exigência de licitação, sendo regida pela ordem de execução de serviço.

No contrato de fornecimento está em jogo a aquisição de bens móveis de pessoas físicas ou jurídicas. A diferença básica com relação ao Direito Privado é a exigibilidade de licitação (que pode ser afastada em razão de valores) e pela presença de cláusulas exorbitantes nas modalidades de fornecimento contínuo, parcelado ou integral, de entrega próxima ou futura.

Nos contratos de eficiência, o contratante tem por objetivo a economia, para tanto, pode contratar a realização de serviços e fornecimento de bens que participem da construção dessa economia. A economia gerada é padrão remuneratório para o contratado.

Os convênios, disciplinados pelo Artigo 241 da Constituição Federal, determinam que o Poder Público pode transferir, por intermédio de licitação (regra que pode ser afastada pelo legislador), a gestão de determinados serviços públicos, com transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais para parceiros do setor privado, garantindo a continuidade.

O consórcio público, regulamentado pela Lei 11.107/2005, se constitui como associação pública, adquirindo personalidade jurídica de direito público ou, como pessoa jurídica de direito privado, obrigados à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas de admissão de pessoal, ainda que celetista.

A contratação de serviços terceirizados, está regulamentado pelo Decreto n. 9.507/2018, determina a possibilidade de contratar a prestação de serviços, desde que, precedido de planejamento, instrumento convocatório e grafado no projeto básico ou no termo de referência, a exclusividade de prestação de serviços. É característica a falta de subordinação entre o

terceirizado e a administração, salvo, disposição do Artigo 8º que determina uma série de cláusulas que devem ser atendidas para a garantia da legalidade da atividade para aquele que o executa.

Conforme Lentz (2011), as principais características dos contratos administrativos são: finalidade pública; bilateralidade; consensualidade; formalidade; sinalagmático; comutativo; por adesão; personalíssimo e; licitação prévia. A formalidade, ligada aos princípios da legalidade e impessoalidade, está assentada no objetivo dos contratos em atender o interesse coletivo, nunca realizando predileções a particulares. A bilateralidade está na composição de sujeitos na contratualidade, de um lado o Poder Público e, de outro, algum particular, pessoa física, jurídica e consórcio de empresas. A consensualidade é representada pela manifestação da vontade das partes envolvidas, ainda que a relação não seja de plena igualdade de forças.

A formalidade é reconhecida na obrigatoriedade de atendimento aos requisitos formais de constituição de contratos prevista em lei, de modo que, passível de nulidade e invalidade na ausência da remetida formalidade. Ser sinalagmático é ser dotado de reciprocidade de obrigações entre as partes no contrato. É comutativo pela existência de anuência entre as partes em comprometerem-se com os direitos e obrigações que lhes são reconhecidos e recíprocos. Ser de adesão está relacionada com a unilateralidade da produção do contrato administrativo, de modo que, à outra parte, se anuente e qualificada, apenas lhe resta aderir.

O caráter personalíssimo indica a vinculação daquele que assina o contrato traz para si a obrigação de executar aquilo que se compromete, vedando, salvo exceções, a delegação da obrigação para terceiros. A regra para a formalização de contratos administrativos é que sejam precedidos de licitação, com a exceção para os casos em que a licitação seja dispensada, dispensável ou inexigível.

4. A Arbitragem de Conflitos.

A Arbitragem é, segundo Splenger e Moraes (2008 Apud LOPES & PAPALIA, 2021), um meio pelo qual indivíduos em conflito, ou antevendo-se a conflitos, optam pela não interferência direta do Estado-juiz enquanto força de autoridade, afastando os ritos procedimentais da atividade da Justiça. As partes atribuem o poder que outrora seria do Estado a um terceiro imparcial, conferido de autoridade idêntica à de sentença judicial, escolhido pelas partes de comum acordo, podendo ao final, cumprindo os requisitos legais, gozarem de mesma força de sentença.

Segundo Moreira Neto (1997), o Brasil não possui uma cultura de arbitragem, sendo fortemente marcado pela expansão da litigância, culto à justiça estatal, o que acaba por conferir grande aposta nos aparatos estatais que, acompanhados de profundas transformações socioeconômicas do século XX, desdobra-se em uma justiça ensimesmada e pouco articulada com formas menos enrijecidas de desenvolvimento de soluções para controvérsias cotidianas. É profunda marca do positivismo jurídico, em que o processualismo aviltam dos populares e das instituições econômicas sua capacidade de se responsabilizarem pela construção legítima e pacífica dos desafios da interpersoalidade, do mercado e do mundo do trabalho.

Sob perspectiva de Lopes e Papalia (2021), na arbitragem, afastando a atividade da jurisdição estatal, sem, contudo, abrir mão da imperatividade da lei, um terceiro imparcial, munido de autoridade comparável à do Estado-juiz, assume a posição decisória, avaliando as evidências apresentadas pelas partes, constituindo decisão vinculante. Esta forma de solucionar conflitos é derivado do âmbito mercantil, formulado em torno da *lex mercatória*, sem constituir direito supranacional, tampouco competência do Estado, é reflexo

da pluralidade e transnacionalidade dos interesses, próprios de entidades privadas.

A inserção do instituto da Arbitragem de Conflitos no Direito Brasileiro, segundo estudos de Lucena e Spengler (2022), é de longa data, tendo fluidos desdobramentos ao longo das constituições e dos códigos civis brasileiros. Já na Constituição Imperial de 1824, é possível inferi-la no direito das partes em nomear seus juízes-árbitros. As Cartas de 1891 e 1946 não faziam menção à arbitragem, no entanto, a de 1934, elucidava participação em conflitos internacionais. Houve tímida referência na Constituição de 1937. No Código Civil de 1916, a arbitragem estava alinhada com compromisso indireto de pagamento, alcançando sob a alcunha de laudo arbitral o reconhecimento apenas na presença de homologação por sentença arbitral.

A Lei nº 9.307, de 24 de setembro de 1996, ao revogar os Artigos 1.037 ao 1.048 do Código Civil de 1916 e os Artigos 101 e 1.072 ao 1.102 do Código de Processo Civil de 1973, proporcionam ampliação da aplicabilidade da arbitragem, referendando a autonomia da vontade das partes, a legitimidade do árbitro e fomento ao princípio jurisdicional da celeridade processual. Ganha força a dedicação de legitimidade às decisões sobre direitos patrimoniais disponíveis, assim, como, àquelas de cunho empresarial internacional, convalidado pelo julgado do Supremo Tribunal Federal de número 5.206.

Moreira Neto (1997) defende ser vantajosa a inclusão de outras formas de solução de conflitos que não apenas a clássica Justiça do Estado, sem, contudo, contrariá-la. É um movimento de estímulo não apenas à arbitragem, mas a todos os métodos adequados de solução de conflitos. O autor assevera que os mesmos contribuem para aprimoramento da governabilidade do Estado, ampliando o acesso à Justiça, reeditando o sentido de legalidade, prevenindo, inclusive, abusos partidos do próprio Estado. É favorecido com o fomento às formas privadas de solução de conflitos, maior atenção aos

interesses das partes envolvidas, evidenciando soluções com maior legitimidade do ponto de vista da vontade das partes. A autonomização da participação popular na defesa de seus direitos, na assunção de comportamentos e compromissos alinhados com essa autonomia.

Schmidt e Bruxellas (2022) e Valentim Neto e Gomes (2019), sustentados na especificidade dos árbitros, escolhidos pelas partes de comum acordo, se aproximam do conflito em vantagem quando comparados ao Estado-juiz, naquilo que tange a tecnicidade almejada pelas partes no tratamento da demanda. Isso tem potencial de converter-se na prática, na especificidade dos juízos arbitrais em atender demandas por categorias temáticas, especializando-se em garantir soluções de maior efetividade prática, ao mesmo que, dominando o tempo das investigações e reflexões, podem avançar e recuar na produção da resposta ao conflito, o que costuma tomar caminhos fatais no processo judicial dotado de prazos e suas implicações.

É defensável, conforme Valentim Neto e Gomes (2019), que não há ônus quanto à imparcialidade na escolha de juízos arbitrais em detrimento da Justiça Estatal. Na arbitragem, a pluralidade de árbitros, escolhidos aos moldes da lei nº 9.307/1996, privilegia a autonomia decisória e de fundamentação, necessária a garantir a construção da forma de justiça almejada. Isso veda a liberdade ilimitada, dado que, a lei tratou de garantir molduras, atentas ao poder imperativo da Lei, evidente no Artigo 21, parágrafo 2º, que determina o dever de cumprimento nos procedimentos arbitrais do princípio da igualdade entre as partes e da imparcialidade no tribunal arbitral.

O gerenciamento do fator tempo na arbitragem é sobremaneira favorecido, na capacidade de construir uma resposta ao contencioso em tempo médio de 1 ano, permitindo acordos mútuos sobre o momento de ocorrência de cada etapa processual mais flexíveis, incluindo criação de outras etapas em

cada momento da arbitragem. Elementos esses que são enrijecidos e pouco convidativos na já abarrotada Justiça Pública.

Schmidt e Bruxellas (2022) compreendem que, a escolha por um tribunal arbitral é fortemente alinhada à procura de menores custos de transação, fuga dos riscos judiciais, impressão de falta de garantia quanto ao nível de compreensão do juiz sobre os fatos que em realidade estão em jogo no contencioso, de suposta ausência de neutralidade do Poder Judiciário em matérias de Direito Público e, de indesejada rigidez procedimental que repele assuntos que mereçam decisões parceladas.

Não se tratam apenas de conflitos na esfera puramente privada. Contratos com entes públicos também produzem conflitos e são capazes de trazer para ambas as partes, além dos altos custos, a desestabilização e a descontinuidade dos serviços. Desse modo, na compreensão dos autores, a proporção dos riscos jurídicos e econômicos inflam ao passo que os negócios com a administração se complexifica. É oportuno que, nem todos os riscos são palpáveis ou verificados nas planilhas de preços e orçamentos. Nas incertezas, ganham especial destaque a reflexão sobre as formas de solução de conflitos no que compete ao manejo dos acordos e mudanças de cenário que venham a surpreender a fruição do contrato.

5. A Arbitragem nos Contratos da Administração Pública.

Leciona Schmidt e Bruxellas (2022) e Pereira Filho e Dos Santos (2022) que os contratos da Administração Pública com particulares não são objetos blindados e garantidos de plena fruição. Pelo contrário, dentre infindáveis eventos, as mudanças de mercado, como alterações nos preços das commodities e taxas de câmbio, as novas legislações, os períodos eleitorais, as mudanças de políticas públicas, o fato do príncipe (que afirma decisões inadvertidas da Administração), a corrupção e eventos atípicos, como uma

pandemia, podem influenciar sobremaneira o cumprimento dos contratos. Assim, mecanismos de solução de conflitos vem se tornado cada vez mais necessários para a solução de contenciosos suscitados nos obstáculos identificados inclusive na atuação do judiciário.

Os autores, formam entendimento de que o Estado em teoria é um exímio resolvidor de controvérsias, de forma rápida, informada, imparcial e de previsibilidade, no entanto, em realidade, tem demonstrado grande dificuldade de solucionar déficits existentes na sua formação de justiça. Desse modo, o mercado tem buscado alternativas diante da também punitividade do Estado, desmensurado das realidades que ele mesmo proporciona, avançando para mecanismos próprios e desenraizados do Poder Público. Sem perder a essência heterocompositiva, a Arbitragem tem sido confiada pelos setores privados como mecanismo resolutivo de aplicação do Direito ao caso concreto por terceiro imparcial e capacitado para dirimir o conflito de forma mais satisfativa. Levando à figura do Direito Público a necessidade de julgar a possibilidade de ingresso de tal método na solução de conflitos que participem a Administração Pública.

A primeira vez que o Poder Judiciário teve que lidar com o tema Arbitragem na Administração pública ocorre no ano de 1973, no Caso Lage, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade que o Estado poderia participar de arbitragens, não havendo, conforme entendimento de seu ministro à época, Bilac Pinto, foro privilegiado ou tribunal de exceção na natureza consensual do pacto de compromisso (NIEBUHR, 2021).

Irene Nohara (2022), lecionando sobre a admissibilidade da Arbitragem nos contratos da Administração, defende que o Tribunal de Contas da União (TCU) considerava ilegal a previsão de juízo arbitral nos contratos administrativos, uma afronta ao direito público, conforme Acórdão 537/2006 que determinava a ausência de autorização legislativa. De modo que, não parecia conveniente interpretar o Artigo 54 da Lei 8.666/93,

aproximando o caráter supletivo dos princípios da Teoria Geral dos Contratos e as disposições de direito privado, necessário ao Direito Público, como evidência de aceitabilidade da solução de controvérsias por intermédio de meios alheios ao Judiciário.

Em 2005, com a chegada da Lei n. 11.196, que alterou parcialmente a Lei n. 8.987/1995, os contratos de concessão passaram a contar com a possibilidade de terem seus conflitos dirimidos por mecanismos privados de solução de disputas relacionadas a contratos, desde que realizada em território nacional. O mesmo acolhimento foi previsto na Lei de Parcerias Público Privadas, n. 11.079/2004, em seu Artigo 11, III.

Modificação da Lei n. 9.307/1996 realizada em seu Artigo 1º, parágrafo 1º, com redação dada pela Lei n. 13.129/2015, passou a determinar que a Administração Pública direta e indireta poderia utilizar-se da arbitragem para dirimir direitos patrimoniais disponíveis.

A Nova Lei de Licitação e Contratos, Lei nº 14.133, de 2021, que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas, diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, substitui a antiga Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/93), a Lei do Pregão (Lei Federal nº 10.520/02) e o Regime Diferenciado de Contratações (Lei Federal nº 12.462/11). O novo diploma demonstra aquiescência e fomento para com a acolhida dos métodos adequados de solução de conflitos, em que há dedicado o Capítulo XII, Dos Meios Adequados de Resolução de Controvérsias, com artigos de 151 a 154. O Artigo 138, inciso III, determina que, na matéria de contratos, que os mesmos podem ainda ser extintos por determinação arbitral fundamentada em compromisso arbitral (BRASIL, 2021).

Da Silva e Mallmann (2022), estudando os avanços da Nova Lei de Licitações, evidenciam que é a primeira vez que a arbitragem ganha eminente tratamento por instrumento legal ligado a contratações e parcerias entre a

Administração e o setor privado. Isso corresponde, no que toca a Lei de Parcerias Público-Privadas de 2004, que representou fomento para um mercado de parcerias estrangeiras, maior segurança para os setores financeiros privados e, mais celeridade na elaboração de soluções para contendas ligadas a negócios compreendidos entre a administração e investidores.

Sustentar-se na regulamentação e obrigatoriedade de observância de determinados princípios, fazem da arbitragem uma extensão da justiça realizada fora das instituições estatais, atravessados das exigências próprias do setor público. A publicidade dos procedimentos, sumamente importante para o controle das decisões para além da sentença, garante que a decisão possa ser investigada e contestada em seus fundamentos. Pereira Filho e Dos Santos (2022) ainda afirmam que a própria decisão pode ser modificada pela jurisdição, visto que a decisão, ainda que seja cumprida em caráter provisório, é plenamente rechaçável pela Administração, se havida controvérsia apontada por uma das partes diante do Estado-juiz.

Niebuhr (2021) e Valentim Neto e Gomes (2019) lecionam que a inclusão dos métodos adequados de solução de controvérsias na Administração é a garantia da efetivação do princípio da Eficiência, dada a ampliação das formas de se garantir a promoção da solução das controvérsias envolvendo a Administração. Haveria a promoção da agilidade processual e da competência infraconstitucional na efetivação dos pressupostos constitucionais no que diz respeito à ampliação da capacidade de se realizar a justiça.

Considerando que a Administração participa da vida cotidiana por excelência, na pluralidade de formas a que pode suscitar conflitos dignos de litígio, nas múltiplas atividades e prestações do Estado para a população que, a que se pese seus defeitos, desdobram-se em lesões patrimoniais e morais que, no âmbito da morosidade da justiça, revelam-se ainda mais danosos.

Paralela à morosidade, o não ingresso ao litígio, comum às camadas sociais menos abastadas, que geralmente toleram o dano sem reação, carecem de formas de justiça que consiga se desvencilhar das amarras do sobrecarregado Estado-Juiz.

A arbitragem, naquilo que compete aos serviços públicos de forma geral, mesmo que acompanhe sobremaneira os conflitos que não envolvam diretamente populares, dado alto custo arbitral, vem em regresso enquanto benefícios para o cidadão comum na solução dos embaraços que repercutem na qualidade dos serviços e recursos prestados à população.

É mister ressaltar, conforme Valentim Neto e Gomes (2019), que o acolhimento na Administração da Arbitragem e demais Formas Adequadas de Solução de Conflitos para equalizar controvérsias, representa uma forte tendência internacional de ampliação da participação do setor privado na administração pública, sem descaracterizá-la, servindo-lhe de suporte, garantindo ainda, maior confiança dos setores econômicos que, desconfiados do controle absoluto do Estado, demonstram interesse por negociações mais paritárias. Este é um dos maiores argumentos dos setores privados, a necessidade de construir por intermédio da arbitragem, uma experiência de negociação e de solução de conflitos não contenciosa, que garanta segurança para os investidores, flexibilidade e agilidade processual, eliminando vantagens processuais.

6. Críticas ao Emprego da Arbitragem na Administração Pública.

O ingresso da Arbitragem na Administração não é um evento pacífico, é lotado de desconfiança, não desarrazoada se observada pelo ponto de vista de Martins (2022) que denuncia haver no Brasil a chegada de uma cultura, Neoliberal, que encontra na desconfiança generalizada das instituições públicas, de uma desestimulante história de corrupções, grande argumento

para um discurso de enxugamento da participação do Estado em situações quais, deveria manter o mais sólido controle. Isso leva, segundo o autor, a ter necessária afirmação, de que a Arbitragem entre nações é a única de plena pacificidade, sendo aquelas entre o Poder Público e iniciativa privada nacional um grande objeto de desconfiança no movimento viciado das fronteiras do controle do Estado.

A Arbitragem internacional ganha relevância e respeito na qualidade de igualdade entre os entes públicos em demanda, que em mesmo nível não podem exigir cumprimento de decisões. Conquanto, nas arbitragens nacionais, quando enfim admitidas, entraram numa estranha espiral, de ampliação da participação da iniciativa privada na coisa pública acompanhada do empreendimento de soluções de controvérsias através de fenômenos privados. O primeiro fenômeno corresponde ao discurso de ampliação do interesse público na participação do setor privado em substituição às morosas e deficitárias instituições públicas. O segundo representa a elaboração de legislações como forma de, ao mesmo que se permitam ser apreciados os conflitos pela Arbitragem, retirarem o óbice dos processualistas que consideravam impedimento da aplicação do instrumento pela falta de expressas permissões legais.

A realização da captação do Estado pelo setor privado, tem sua publicidade convertida à população que é levada a afirmar o slogan do Estado Mínimo, bandeira Neoliberal. Para tanto, avançam sobre a legislação, mudando-a para retirar do Estado mais uma parcela de poderes sob o argumento que o monopólio do Estado está ultrapassado e corrompido. Para que isso se realize, há forte fomento ao estranhamento ao Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, seja em nível primário, seja em nível secundário.

O interesse público primário é conceituado por Baptista (2011) a partir dos estudos de Alesso (1953) e Barroso (2005), como o complexo de direitos

individuais que precisam prevalecer enquanto proteção em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse público secundário versaria sobre o plexo de interesses observados a partir da unidade da Administração, geralmente coincidindo com as funções de cada ente da mesma. A definição do que é interesse secundário está atrelado à promoção daquilo que é o interesse primário. Se este não está sendo almejado, não há interesse público. A indisponibilidade é de fato para o interesse primário, sendo estendida ao secundário em respeito à já citada noção de promoção do primeiro pelo segundo.

Martins (2022) questiona a existência de posturas doutrinárias que consideram haver interesses públicos disponíveis à medida que a Administração renuncia de sua posição de supremacia jurídica. A renúncia desse privilégio é defendida nos casos em que o objetivo e suas atividades se alinham em interesses patrimoniais da Administração, sumamente distanciados dos interesses primários. Nesses casos é legalmente permitido que a Administração possa subsidiar-se dos meios jurídicos estabelecidos para o Direito Privado, submetendo-se a regras de direito civil, trabalhista, comercial, vindo a adotar qualquer dos instrumentos do mundo privado, como a Arbitragem, regulada por lei própria, Lei n. 9.307/96, que define enquanto objeto os direitos patrimoniais disponíveis – se a Administração tem direitos patrimoniais disponíveis, lhes cabem em seus conflitos os juízos arbitrais.

No entanto, o autor é taxativo, sustentando que mesmo na existência de envolvimento do Estado em atividades puramente mercadológicas, aparentemente distanciadas da função básica de perseguir o bem comum na concretização do interesse público, ainda assim, deveria almejar algum interesse público, pois, lhe seria a razão de existir. O autor defende que, há grande estranheza nas concessões realizadas pela administração Pública para o Direito Privado. Parece-lhe, que há a confusão entre as expressões e haveria de ser rechaçada a permissão da intromissão de instrumentos privados na

esfera da Administração Pública, pois, lhe revelaria um empreendimento de entrega de um conjunto de direitos tutelados pelo Estado, salvaguardados na posição enrijecida e privilegiada do controle do Poder Público. Entregar esses direitos (recuando no nível de controle), seria entregar os direitos de outrem, do povo, quem originariamente os detém, o que não caberia ao Administrador.

3. Conclusão

À guisa de encerramento, com fulcro nos estudos evocados, considera-se que a Administração Pública é objeto de complexa delimitação, com funcionamento e estrutura especial, dotado de elementos e restrições que o protegem de modificações arbitrárias que possam colocar em risco o fim máximo da atividade pública, a promoção dos direitos do cidadão. Desse modo, a burocracia e o monopólio do Estado sobre o Direito, na figura do Estado-juiz, no estabelecimento de regras para a solução de conflitos, com especial atenção para aquelas contendas em que o referido ente público que figura como parte, é instrumento-garantia para a manutenção da ordem na impessoalidade de seus atos. Logo, na relação com particulares, a fixidez processual reflete na demorada absorção de mecanismos privados diferentes da Jurisdição Estatal, ainda que não opostos.

É nessa seara que a Arbitragem, um instrumento de solução de controvérsias originário do Direito Comercial, caracterizado pela proximidade com a própria Jurisdição Estatal, pela qualidade de heterocomposição, tem paulatinamente sido convidada a compor a solução de controvérsias no cenário nacional, nos contratos que participam entes nacionais e a iniciativa privada.

O mesmo é observado na aplicação da Arbitragem nos contratos que participam a Administração Pública com a pacificação de entendimentos que buscam demonstrar cabimento do instrumento como aparato capaz de

auxiliar o Estado a garantir a celeridade dentro de suas próprias atividades, claro, naquilo que concerne a dirimir conflitos. À medida que o legislativo, atendendo a pedidos partidos da iniciativa privada, promovem o recuo do monopólio do Estado sobre a solução de controvérsias, ajuda a sanar os problemas dos mecanismos enrijecidos e pouco convidativos da Justiça Estatal, fortemente caracterizados pelos prazos e custos desabonadores. Esse movimento, defendido por parcela da doutrina, ainda é estranhada por outra.

Entre os defensores estão aqueles que enxergam nos Métodos Adequados de Solução de Conflitos a possibilidade de ampliar a participação do Estado, na celeridade processual, na ampliação da relação entre o setor privado e o setor público que, almejando interesses ora semelhantes, ora complementares, ampliam suas qualidades e, em máxima instância, favorece o interesse magno do Estado da garantia mais efetiva do fomento aos direitos do cidadão. Entretanto, do outro lado, é denunciada suposta perversidade do mercado em expandir tentáculos sobre a Administração, suspendendo-a convenientemente, fazendo-a objeto de lucro, destituindo-a de seus mais legítimos instrumentos de controle sobre a proteção dos interesses ditos indisponíveis, seu caráter de rigidez processual e não delegação dos mecanismos especiais de elaboração das decisões.

Em suma, a Arbitragem nos contratos da Administração Pública Brasileira habita um lugar de investigação e conquista paulatina de legitimidade, avançando cautelosamente enquanto ainda um objeto de desconfiança de parte da doutrina. Cautela essa, recomendável com fulcro na manutenção das balizas estatais, verdadeiras obrigações do Estado em cuidar em propriedade de determinadas matérias com exclusividade.

Referências

ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. A justiça no tempo, o tempo da justiça. **Tempo social: Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, volume 19, número 2, p. 131-155, Nov. 2007.

BRASIL. **Constituição de 1988**: Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 de Abril de 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.133/2021**: Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF, 1º de Abril de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 03 de Janeiro de 2023.

BAPTISTA, Isabelle de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. **Revista TCEMG**, Belo Horizonte, volume 11, número 130, p. 50-62, Dez. 2011.

BORDALO, Rodrigo. **Nova lei de licitações e contratos administrativos: principais mudanças**. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2021.

CONRADO, Regis da Silva. **Serviços públicos à brasileira**. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

DA SILVA, Marcos Felipe; MALLMANN, Carlos Henrique. As Inovações da Lei Nº 14.133/2021 – (Nova Lei de Licitações). **Revista Unitas**, Chapecó, volume único, número 7, p. 1-15, Dez. 2022.

DE OLIVO, Luis Carlos Cancelier. **Direito Administrativo**. 3ª Edição. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração da UFSC, 2015.

DOS SANTOS, Gabrielly Andrade; DE MELO, Arquimedes Fernandes Monteiro. A realidade da justiça em números: um estudo sobre as principais causas da morosidade da justiça. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, volume 11, número 36, p. 95-114, Jan./Jul. 2017.

DOURADO, Pablo Zuniga. O debate atual sobre o conceito de contrato administrativo e a administração dos riscos nos contratos de concessão (PPP). **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, volume 32, número 01, p. 82-98, Abr. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, volume 233, p. 377-386, Jul./Set. 2003.

HORBACH, Carlos Bastide. Contratos administrativos: conceito e critérios distintivos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, volume 6, número. 1, p. 43-58, Jan./Jul. 2016.

LENTZ, Marilane Pacheco. **Licitação, contratos e convênios: livro didático**. 3ª Edição, Palhoça: Editora Unisul Virtual, 2011.

LOPES, Carina Deolinda da Silva; PAPALIA, Franceli Bianchini Gringoletto. A Inserção das Formas Alternativas de Resolução de Conflitos no Âmbito da Nova Lei de Licitações. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, Porto Alegre, volume 7, número 2, p. 66-81, Jul./Dez. 2021.

LUCENA, Hipólito Domenech; SPENGLER, Fabiana Marion. Arbitragem Regida Pelos Princípios Administrativos da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público: uma mera formalidade ou um caminho a ser trilhado em busca da plena efetividade da arbitragem na administração pública? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro-RJ, volume 23, número 3, Out. 2022.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Capítulo I: Arbitragem Administrativa à Luz da Constituição Federal In VALIM, Rafael; WARDE, Walfrido. **Direito Público e arbitragem: os desafios emergentes da resolução privada de conflitos do Estado**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, volume 209, p. 81-90, Jul./Set. 1997.

NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord.); LUZIA Cauê Vecchia; RÊGO, Eduardo de Carvalho; SCHRAMM, Fernanda Santos; QUINT, Gustavo Ramos da Silva; MEDEIROS, Isaac Kofi;

DE ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg; DE OLIVEIRA, Murillo Preve Cardoso; FERREIRA, Otávio Sendtko; NIEBUHR, Pedro de Menezes; FERRAZ, Renan Fontana; LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari; RIBAS JUNIOR, Salomão Antonio. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª Edição. Curitiba-PR: Zênite, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia. **Manual de Direito Administrativo**. 11ª Edição. Barueri-SP: Atlas, 2022.

PEREIRA FILHO, Célio Pedrini; DOS SANTOS, Benevenuto Silva. A Utilização de Comitês de Resolução de Disputas em Contratos da Administração Pública. **Revista JurES**, Vitória-ES, volume 15, número 28, p. 104-121, Dez. 2022.

PETRY, Flavia Barbara Ruschel. **Implantação do marco regulatório das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil no município de Novo Hamburgo**. Monografia (Graduação) - Repositório da Biblioteca da UNISINOS, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Jul. 2021.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha; BRUXELLAS, Luíza Lucas. Arbitragem, Contratos Administrativos e Custos de Transação (p. 257-284) *In* PORTO, Antônio Maristello; SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro (Orgs.). **Perspectivas da Análise Econômica do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV Direito Rio, 1ª edição, p. 257-284, 2022.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Revista de Estudos Avançados**, volume 18, número 51, p. 79-101, 2004.

SANCHES, Odila Maria. **Parceria público-privada aplicada a gestão de resíduos sólidos urbanos**. 2018. 152 f. Monografia (Pós-graduação), Programa de Pós Graduação em Administração do Departamento de Gestão e Negócios da Universidade de Taubaté, UNITAL, Taubaté, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, volume. 248, p. 117-126, Mai./Ago. 2008.

VALENTIM NETO, Adauto José; GOMES, Lucas Victor Carvalho. Arbitragem na Administração Pública: análise do PL 6.814/2017 à luz dos princípios da Administração Pública. *In* **Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial: VI Congresso Brasileiro de Arbitragem e Mediação Empresarial** - CBAME – Grupo de Estudo em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasília: Editora CONIMA, ano VI, número 8, volume 2, Jul./Dez 2019.

Artigo recebido em: 18/12/2023.

Aceito para publicação em: 17/09/2025.