

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA

ANDRESSA DE OLIVEIRA LANCHOTTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Andressa De Oliveira Lanchotti, Sebastião Sérgio Da Silveira – Florianópolis: CONPEDI,
2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-150-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

A presente coletânea é produto da reunião dos trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II, do XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação e Direito - CONPEDI, realizado na cidade de Brasília, no período de 06 a 08 de julho de 2.016.

O resultado que ora apresentamos é fruto do labor de mais de dezenas de pesquisadores, sendo que os trabalhos refletem um pouco da situação atual de nosso direito administrativo e da gestão pública que dele decorre.

Conforme é sabido, o Direito Administrativo brasileiro vem passando por um intenso processo de ressignificação, na busca de novos paradigmas e valores, principalmente como forma de atender aos princípios consagrados na Constituição de 1.988.

A gestão pública, sempre muito influenciada por velhos métodos e práticas, também vem sendo colocada à prova, diante das necessidades de busca de eficiência, economicidade e transparência.

Sempre muito resignada, a sociedade brasileira parece não mais se conformar com a situação caótica vivida pelo Estado Brasileiro e vem clamando por reformas e mudanças.

Os trabalhos ora apresentados refletem as inquietações da doutrina e os desafios existentes, principalmente em razão das aspirações de nosso povo, que sedento por melhores serviços públicos, vem exigindo transformações na administração pública.

Considerando tais premissas, os pesquisadores foram divididos em grupos, buscando alguma pertinência temática, com vistas à orientação dos debates que seguiram a apresentação dos trabalhos.

Um dos eixos discutiu temas atuais de licitações e contratos, apontando dificuldades, propostas e as perspectivas do instituto.

Os servidores públicos, foram objeto de outro eixo de discussão, onde foram abordados interessantes temas relativos à greve, regime de previdência, processo disciplinar, nepotismo e responsabilidade.

Serviços públicos e parcerias público privadas foram agregados em outro subgrupo, onde foram apresentados interessantes trabalhos, com ênfase em arbitragem, capital privado, administração penitenciária e sustentabilidade.

Por fim, no último eixo, foram tratados palpitantes temas residuais, como corrupção, bens públicos, compromisso e ato administrativo e responsabilidade dos integrantes de conselhos administrativos de paraestatais.

Convictos da qualidade e atualidades dos trabalhos apresentados, fazemos um convite à leitura e reflexão, na expectativa de que cada um dos textos possa influir no aperfeiçoamento do direito administrativo e da gestão pública em nosso país.

Brasília, julho de 2016.

Prof^a Dra. Andressa de Oliveira Lanchotti

Professora das Faculdades Milton Campos-FMC, Minas Gerais e Pesquisadora Associada à Faculdade de Direito da UFMG, Minas Gerais.

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira

Professor da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP e da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP.

**A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM ÊNFASE NAS
CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

**ARBITRATION IN PUBLIC ADMINISTRATION WITH EMPHASIS ON SERVICE
CONCESSIONS PUBLIC**

Jesrael Batista Da Silva Filho ¹
Adelita Aparecida Podadera Bechelani Bragato ²

Resumo

A arbitragem como método alternativo de resolução de controvérsias surgiu no Brasil com a edição da Lei nº 9.307/1996 com aplicação inicial no Direito Privado e posteriormente no Direito Público. A litigiosidade excessiva é o maior obstáculo ao emprego, ante os benefícios para o Poder Judiciário e para a sociedade em geral, pela celeridade processual e impossibilidade recursal, suprimindo protelações desnecessárias. A quebra de paradigmas deve iniciar no processo de formação nas Instituições de Ensino Superior, incentivando a proposição da arbitragem em detrimento ao Judiciário, sem ensejar na criação de Tribunal de Exceção, ou afronte o princípio do Juiz Natural.

Palavras-chave: Administração pública, Arbitragem, Litigiosidade

Abstract/Resumen/Résumé

Arbitration as an alternative method of resolving disputes arose in Brazil with the enactment of Law 9.307/1996 with an initial application in private law and later in Public Law. Excessive litigation is the biggest obstacle to employment, compared to the benefits for the judiciary and society at large, the speedy trial and appellate impossibility, eliminating unnecessary delays. The break of paradigms should start the process of training in higher education institutions, encouraging the proposal of arbitration over the Judiciary, without give rise to the creation of Exception Court, or affront the principle of Natural Justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public administration, Arbitration, Litigation

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho/SP, graduado em Direito pela Universidade Nove de Julho/SP

² Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho/SP, Pós graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, graduada em Direito pela Toledo Prudente Centro Universitário

INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se a estudar a eficiência da arbitragem nos conflitos no âmbito da Administração Pública, observando a vinculação direta a Lei nº 9.307/2006 e suas atualizações até a presente data. A matéria ganha relevância quando ao analisa questões como a duração razoável do processo, o acesso à justiça e excessivo número de processos em curso no Poder Judiciário, dada a cultura da litigiosidade. Dentre tais causas, talvez a mais expressiva seja a lentidão dos processos na justiça brasileira, e para responder a tal problemática busca-se a adoção de medidas mais simples e menos dispendiosas de resolução de conflitos, a fim de reduzir o número de litígios que resultem em ações judiciais, e por fim contribuir para o aumento da celeridade processual e para o aumento da eficiência na administração da justiça.

A Constituição Federal/1988, contribuiu muito para a definição de princípios administrativos e para a determinação de quais matérias do Direito Administrativo seriam reguladas por lei. No entanto a cultura da litigiosidade ilustrada pelo perde-ganha reforçou a necessidade de busca de um método alternativo de solução de controvérsias. O Conselho Nacional de Justiça, por meio da resolução nº 125/2010, dispôs sobre uma política judiciária nacional de tratamento adequado das controvérsias no âmbito do Poder Judiciário, que reforçando a Lei nº 9.307/2006.

Tais medidas podem reduzir gradualmente do número de processo em tramitação, conforme se verifica no relatório “Justiça em Números de 2015”¹. Ao analisar a série histórica do movimentado número de processos na justiça brasileira tende a aumentar em progressão geométrica, dado o crescimento da população brasileira. Em 2009 o acervo processual era composto de 59,1 milhões de processo pendentes e, em 2014 já eram quase 70,8 milhões, equivalendo a quase 2,5 vezes do número de casos novos. Neste sentido estima-se que ainda que o Poder Judiciário fosse paralisado e não houvesse o ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários quase dois anos e meio de trabalho para sentenciar todas as demandas.

No Brasil a edição da Lei nº 9.307/2006 foi um passo importantíssimo para a busca de formas de redução da tendência de novas demandas judiciais, dado que a eficiência da

¹ **Relatório Justiça em Números relativo ao ano de 2014** publicado em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça, p. 34. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 09 de novembro de 2015.

administração judicial se alinha com os princípios da Administração Pública do art. 37 da Constituição Federal/1988, que serão abordados nos capítulos a seguir. Neste sentido abordaremos as consequências da eficiência de tais medidas alternativas de resolução de controvérsias na Administração Pública, uma vez que se trata de um dos maiores demandantes da Justiça Brasileira, perfazendo cerca de 3.130.696 de processos de execução fiscal, conforme dados do relatório “Justiça em Números de 2015”².

Neste diapasão busca-se analisar a contribuição dos métodos alternativos de resolução de controvérsias como forma eficiente para a redução dos índices de crescimento das demandas no âmbito do Direito Administrativo por meio da arbitragem prevista na Lei nº 9.307/2006. Para responder ao questionamento, nos capítulos 1 abordaremos o assunto arbitragem, no capítulo 2 será explorado o assunto Administração Pública, suas hipóteses de litígios e seus fatores limitadores para a aplicação do arbitramento, e no capítulo 3 estudaremos as contribuições da arbitragem para as soluções de litígios e a eficiência da aplicação na Administração Pública.

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 - Princípios gerais

A Constituição Federal/1988 estabeleceu alguns limites à ação no âmbito da gestão pública, de modo a balizar os atos administrativos por meio de princípios, os quais previstos explicitamente no art.37 do ordenamento constitucional, sendo eles a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A doutrina, por sua vez, também entendeu que existem alguns princípios implícitos que em conjuntos com os anteriores, norteiam os atos da Administração Pública, como o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o da finalidade, o da razoabilidade, o da proporcionalidade, o da motivação e da segurança jurídica.

1.1.1- Princípios constitucionais explícitos

Em uma breve abordagem, o princípio da legalidade, se divide em *Stricto Sensu* e *Lato Sensu*, do qual aquele define que as condutas, omissivas e comissivas, previstas no

² Relatório Justiça em Números relativo ao ano de 2014 publicado em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça, p. 53. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 09 de novembro de 2015

ordenamento jurídico devem ser observadas, entretanto, se não houver lei regulando tais condutas, estas não são consideradas ilícitas, enquanto que este determina que como ilícitas as condutas, ainda que carentes da competente regulamentação, sendo esta de aplicabilidade obrigatória a todos os atos administrativos. O princípio da impessoalidade é própria finalidade pública, de forma que os atos administrativos devem afastar-se de interesses pessoais e privados, haja vista que o interesse público é supremo perante o interesse privado, com veremos mais a frente. Por sua vez, o princípio da moralidade relaciona-se com os conceitos de probidade e honestidade, de forma que atos administrativos emanados com vícios de confiabilidade deixam de ser probos, questionando-se a sua licitude e confiabilidade, quanto à possibilidade de eventual desvio de poder.

Já o princípio da publicidade sinaliza que todos os atos administrativos devem ser públicos e amplamente divulgados, resguardados o sigilo daqueles que assim o exigem, logo, figura como meio de transparência a permitir que a sociedade fiscalizar diretamente todos os atos praticados pela Administração Pública. Por fim o princípio da eficiência, inserido na Constituição Federal/1988 por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, impôs ao agente público o dever de apresentar o melhor desempenho possível, de forma que seus atos sejam dotados de organização e disciplina em todos os atos administrativos.

1.1.2- Princípios constitucionais implícitos

Reforçando os princípios constitucionais explícitos reguladores dos atos da Administração Pública, embora não presentes no art. 37 da Constituição Federal/1988, é fato que os princípios implícitos merecem a mesma valoração constitucional por comporem outras partes do texto constitucional igualmente limitadores do Poder Público.

O princípio da razoabilidade apresenta-se como forma de impor limitações aos critérios de discricionariedade administrativa, conferindo a possibilidade de tais atos administrativos serem apreciados pelo Poder Judiciário, conforme veremos nos capítulos à frente. Neste contexto, a razoabilidade induz a ideia de proporcionalidade entre os meios utilizados e os fins dos atos administrativos, conforme padrões éticos e morais comuns na sociedade considerada. Por meio do princípio da motivação, a Administração Pública é obrigada motivar, de forma fática e de direito, a tomada de decisão, logo, necessário a todos os atos administrativos, vinculado ou discricionário, sob o risco de nulidade por ausência de motivação.

O princípio da finalidade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2015)³, "por força dele a Administração subjugar-se ao dever de alvejar sempre a finalidade normativa, adscrevendo-se a ela". Assim o administrador deve zelar para que os atos administrativos sejam rigorosamente obedientes a lei e os princípios constitucionais, de forma que a inobservância de tal princípio constituiu-se em desvio de finalidade legal. Da mesma maneira, o princípio da proporcionalidade impõe que os meios empregados adequados a atingir o resultado almejado, despidendo-se de medidas abusivas, bem como não possuir intensidade superior ao estritamente necessário. Segundo Juarez Freitas conclui: "O administrador público, dito de outra maneira, está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos" (FREITAS, 1999)⁴.

Finalmente, o princípio da segurança jurídica busca garantir a estabilidade das relações jurídicas estabelecidas que tenha participação da Administração, de modo que o administrador não pode invalidar atos administrativos, desfazendo relações ou situações jurídicas, sem que haja justificativa com base em fundamento legal⁵. Por fim o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado será estudado em capítulo a parte dada a sua relevância para a condução deste estudo.

1.2 - Legalidade, indisponibilidade do interesse público e sua supremacia perante o privado

No âmbito do Direito Administrativo, quando há o conflito entre o interesse particular e o interesse público segundo critérios de importância, prevalecerá este em detrimento daquele, o que por sua vez, não induz em negar os direitos privados, mas em preservar os direitos da coletividade por meio do interesse público. Antes tal interesse e os dos demais cidadãos eram posicionados em polos opostos, entretanto com a redução do autoritarismo do Estado pelo advento dos ideais democráticos, e conceitos como soberania indivisível e inalienável, passou a rejeitar o interesse público identificado pela Administração Pública, unilateralmente, sem considerar a utilidade ou necessidade pública vinculada ao ordenamento jurídico, ainda que haja possibilidade de oportunidade e conveniência para o Poder Público.

³ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo. Malheiros, 2015. p.109.

⁴ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, 2ª ed. São Paulo. Malheiros. 1999, p. 57.

⁵ O princípio da segurança jurídica alinha-se com os princípios da motivação e legalidade.

O Texto Constitucional assegura a preservação dos direitos individuais e sociais, do pluralismo, e por força do art.60, § 4º, da Constituição federal/1988, a vedação da abolição ou da supressão por emendas constitucionais. Por sua vez, os posicionamentos dos interesses público e particular requerem um redimensionamento, segundo o entendimento da supremacia do interesse público sobre o particular, conforme defende Celso Antônio Bandeira de Mello em suas palavras, "trata-se de um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo de sobrevivência e asseguramento deste último" (MELLO, 2015)⁶.

A supracitada reformulação de interesse público induziu a uma reestruturação do princípio da legalidade, uma vez que a administração do Estado Democrático de Direito limitou o Poder Discrecional, sendo defeso motivar os atos administrativos apenas pelo argumento de oportunidade e conveniência, se estes não forem vinculados ao ordenamento jurídico. Neste diapasão o interesse público é indisponível, haja vista que a liberdade do administrador para concretizar transações de qualquer natureza sem prévia e correspondente norma legal é vinculada ao ordenamento jurídico. A assertiva de indisponibilidade tem força nos fatos de que os bens, direitos e interesses públicos são confiados ao Administrador Público são apenas para a sua gestão, sendo defeso o emprego fora do fim a que se destina, sendo defeso poder transigir sem lei anterior que o permita (STF, RDA, 128/178).

É conveniente ressaltar, que a gestão pública é composta de deveres para o agente público e para a própria Administração Pública, de modo que ao contrário do modelo de gestão da atividade privada, na Administração Pública não existe a concessão de margem de liberdade de disposição ou renúncia, mas sim indisponibilidade.

1.3 - Regimes de execução de serviço público

1.3.1 - Outorga e delegação pela Administração Pública

É inerente a gestão pública, a prestação diretamente serviços públicos, de forma centralizada pela própria Administração Direta, de forma desconcentrada, por meio de órgãos da mesma Administração, portanto unidades destituídas de personalidade jurídica independente, possuem a atribuição de executar aquele serviço. Assim, a desconcentração constitui-se em mera

⁶ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo. Malheiros, 2015. p.70

técnica administrativa que visa a tornar mais eficiente a execução de determinada atribuição, uma vez que um órgão é especificamente designado para realizá-la, ou ainda, de forma descentralizada, hipótese em que, mediante outorga ou delegação, uma pessoa diferente daquela que representa a Administração Direta competente para a prestação (União, Estado-membro, DF, Município) ou ainda por meio de empresas privadas.

A prestação do serviço, mediante outorga, dá-se por meio de criação de lei ou autorização legal para instituição de uma entidade com personalidade jurídica própria, à qual é atribuída a titularidade da prestação daquele serviço, podendo ser autarquia, empresa pública ou uma sociedade de economia mista. A segunda forma delegação da prestação de serviço público de forma descentralizada pela concessão, permissão ou autorização para a prestação daquele serviço, desde que atendidos aos requisitos do art. 175 da Constituição federal/1988. A delegação da concessão do serviço público, mediante licitação na modalidade concorrência é certamente a mais importante forma de delegação, cuja regulação encontra-se na Lei nº 8.987/95.

1.3.2 - Extinção da delegação pública

O término ou descumprimento do contrato de concessão por qualquer uma das partes dá causa a extinção da delegação pública, conforme hipóteses do art. 35 da Lei nº 8.987/95, cuja resolução poderá ocorrer de forma consensual ou por meio de apreciação do Poder Judiciário. Mas recentemente o legislador inovou prevendo a hipótese de emprego dos meios alternativos de resolução de conflitos, assunto que será abordado em nos próximos capítulos. O art. 35 da Lei nº 8.987/95 estabeleceu as formas que serão abordadas a seguir.

O advento do termo contratual corresponde ao término regular do contrato por haver sido atingido o prazo de sua duração. Com o advento do termo contratual, os bens de sua propriedade e os bens vinculados ao serviço que se encontrava em posse do concessionário retornam à Administração Pública. Já a encampação ocorre nas hipóteses de interesse público superveniente à concessão tornar mais conveniente à prestação do serviço pelo próprio Poder Público diretamente, exigindo-se, ainda, a indenização prévia das parcelas não amortizadas ou não depreciadas dos investimentos realizados nos bens reversíveis, nos termos do art. 37 da Lei nº 8.987/95.

Por sua vez a caducidade ocorrerá sempre que houver inadimplemento ou adimplemento defeituoso por parte da concessionária. Por oportuno cumpre ressaltar, que antes de instaurar-se o

processo administrativo de inadimplência, em que deve ser evidentemente assegurado a concessionária o contraditório e ampla defesa, é necessário comunicar a ela os descumprimentos contratuais que serão objetos do processo administrativo, dando-lhe um prazo para corrigi-los. Diante da inércia, o processo administrativo será instaurado e, se comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do Poder Concedente.

Na hipótese de rescisão por iniciativa da concessionária deverá ser motivada pelo descumprimento de normas contratuais pelo Poder Concedente. Mesmo assim, será necessária uma ação judicial específica e a concessionária não poderá interromper ou paralisar o serviço até o trânsito em julgado da sentença que reconheça a inadimplência contratual da Administração. Cabe observar que no caso dos serviços públicos, o princípio da continuidade assume grande importância, a ponto de tornar extremamente rígida a regra da inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido, *exceptio non adimpleti contractus*.

A anulação da concessão como forma de sua extinção prevista art. 35, V, da Lei nº 8.987/95 decorre de ilegalidade da licitação da concessão ou do contrato e acarretará a responsabilização de quem houver dado causa à ilegalidade. Por fim a falência ou extinção da Empresa Concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual: a última hipótese de extinção, prevista art. 35, V, da Lei nº 8.987/95.

2. ARBITRAGEM

2.1 - Antecedentes

A tendência de judicialização dos conflitos, confirmado pelo relatório da justiça em números do Conselho Nacional de Justiça de 2014⁷, demonstrou a deficiência para solução de conflitos por meio da estrutura judiciária, abrindo caminho para a expansão das formas alternativas de solução de controvérsias. Por meio da Resolução nº 125 o Conselho Nacional de Justiça sinalizou no sentido de que a arbitragem se apresenta como meio alternativo de solução de conflitos conferindo maior prestígio e ampla credibilidade para resolver os impasses relacionados aos direitos patrimoniais disponíveis.

Neste sentido, a sua aplicabilidade pôde contribuir para diminuir a quantidade de litígios

⁷. Conselho nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

tendo em vista a possibilidade de dirimir controvérsias sem a necessidade de submetê-los à apreciação dos tribunais, reduzindo desta forma, a sobrecarga no Poder Judiciário. A Constituição Federal/1988 trouxe uma série de garantias e direitos individuais, bem sociais representando um avanço em relação ao ordenamento anterior, o que refletiu no ordenamento jurídico ao regulamentar as formas de condução das políticas públicas pelo Poder Político. Para Carlos Alberto Carmona a arbitragem seria o meio mais adequado de solução de controvérsias (CARMONA, 2009)⁸

Na gestão pública, por meio de uma espécie de verticalização do exercício da autoridade estatal, a noção de governança pública e de parceria entre os setores públicos e privados, concedeu espaço para novas formas consensuais de relacionamento jurídico, mas precisamente a partir de 1995, quando a Lei nº 8.987/1995 passou a regular o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, que já estavam previstos no art. 175 da Constituição Federal/1988. Seguindo este caminho, em 2004, as concessões públicas deixaram de ser meras delegações de prestação de serviços públicos, passando a ser conduzidas em parceria com a iniciativa privada.

Para José Joaquim Gomes Canotilho,⁹ a governança pública não se destaca apenas pela adoção de parceria público privada como manifestação de uma nova dimensão de democracia participativa, que impõe índices de governabilidade e legitimação, e induz à interdependência internacional dos Estados. Desta forma, percebeu-se que na última parte da década de 90 prosseguindo pelo início deste século, desconstruiu-se o modelo anterior e iniciou-se um novo padrão de gestão administrativa, pela adoção de modelo de gestão verticalizada, pelo que o Estado se colocou como mediador de interesses públicos, atuando em conjunto com a sociedade, com vistas a buscar uma maior eficiência no emprego dos recursos públicos destinados a garantir direitos individuais e sociais por meio de políticas públicas.

A aplicação da arbitragem na Administração Pública encontrou espaço no Direito Público em 2015, por meio da Lei nº 13.129, o legislador entendeu a possibilidade de uso da mediação para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em que a Administração Pública figurasse como parte. Embora o art.1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996 confira

⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo. Atlas. 2009. p.31.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constitucionalismo e geologia da good governance**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 327.

certa liberdade para a decisão administrativa, por meio de critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução, conforme abordaremos a seguir.

2.2 - Características gerais

Antes da abordagem das características do procedimento arbitral, faz-se necessário a definição do conceito de arbitragem. No trabalho denominado "The Nature and Extent of an Arbitrator's Powers in International Commercial Arbitration"¹⁰, Bernard G. POZNANSKI¹¹, assevera "que a arbitragem consiste num processo privado de solução da controvérsia, em outras palavras é uma forma privada de sentença com as vestes do poder de uma decisão judicial entre particulares em oposição às cortes judiciais". No Brasil esse processo privado encontrou aplicabilidade no direito público, por meio do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996 que passou a permitir a utilização para os casos de solução de controvérsias relacionados aos direitos patrimoniais disponíveis. Assim, a arbitragem comercial é um acordo consensual na qual o processo de solução da controvérsia será conduzido por uma terceira pessoa, e terá característica judicial tendo em vista ser apta à por fim ao litígio, garantindo-lhe a característica de título executivo extrajudicial, possibilitando seu cumprimento como um julgamento realizado no âmbito do judiciário.

Segundo o art. 2º da Lei nº 9.307/1996, seus princípios atuam como suplementares aos princípios gerais de direito nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio, sendo vedada a violação dos bons costumes e à ordem pública. Por oportuno cumpre ressaltar, que se a Administração Pública for parte, deverá versar apenas sobre direito disponíveis, respeitando-se o princípio da publicidade. A leitura do art. 2º da Lei induz a princípios como autonomia de vontade, consensualismo, boa fé, respeito a ordem pública, publicidade, do mesmo modo os art. 21, § 2º e art. 31, da Lei nº 9.307/1996 elencam os princípios do contraditório e igualdade das partes, imparcialidade do árbitro, a livre convicção do árbitro e caráter executivo das sentenças arbitrais. No entanto a flexibilidade é a característica mais relevante do procedimento arbitral convencionado pelas partes, haja vista figurar com um meio útil e adaptável às necessidades dos

¹⁰ "A natureza e a extensão dos poderes de um árbitro em Arbitragem Comercial Internacional" (tradução nossa).

¹¹ POZNANSKI, Bernard G. **The Nature and Extent of an Arbitrator's Powers in International Commercial Arbitration**. Journal of International Arbitration. Geneva. 1987 Issue 3, pp. 71–108

árbitros e das partes que optam por esse modo de resolução alternativa de conflitos.

Na arbitragem a imparcialidade do árbitro deve ser requisito de validade, de modo a se posicionar acima dos litigantes, igualando-se ao juiz togado para garantia de que o juízo arbitral seja além de técnico, dotado de moralidade e ética para solução do litígio. O árbitro é juiz de fato e de direito, cuja sentença não é sujeita a qualquer tipo de recurso ou necessidade de homologação pelo Poder Judiciário. O procedimento arbitral se constitui subjetivamente em partes, demandante e demandado, e árbitro, daí a importância do contraditório que pela igualdade das partes no procedimento arbitral, encontra ressonância na bilateralidade do procedimento que impõe ao árbitro, às considerações e igualdade de condições entre as partes, antes da prolação da sentença arbitral.

Desta forma a livre convicção do árbitro é formada quanto à verdade apurada no procedimento arbitral, de modo a apreciar livremente, as provas produzidas, bem como os argumentos levados a apreciação do Tribunal. A livre convicção do juiz, que deverá ser dotada de motivação, restrita aos fatos constantes nos autos, e ao ordenamento jurídico, entretanto, por oportuno cumpre observar com a anuência das partes, cabe ao árbitro decidir a questão por equidade.

Autonomia da vontade caracteriza pela faculdade do sujeito praticar atos jurídicos segundo a sua liberalidade. Quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos em vez de autonomia da vontade, autonomia privada, pois aquela se apresenta como manifestação da liberdade individual no campo do direito, da psicologia e esta pode criar, nos limites da lei entre partes, normas jurídicas. Assim, o princípio da autonomia da vontade encontra na instituição e na auto regulamentação da arbitragem sua plena aplicação, limitado apenas pelas leis imperativas nacionais e as regras de ordem pública.¹²

De tal sorte que nas matérias suscetíveis à arbitragem, as partes têm a liberdade de instituí-la ou não, de convencionar livremente com a outra parte, as regras aplicáveis ao procedimento arbitral, a escolha do número de árbitros, do local da arbitragem e da concessão para resolver por equidade, sendo limitadas tão somente pelas leis imperativas e por preceitos de ordem pública, a serem observados para garantir a validade e executoriedade do laudo arbitral, seja nas arbitragens domésticas, seja nas internacionais.

¹² STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. RT. São Paulo, 1986. p. 97

2.3 - A aplicabilidade da arbitragem na Administração Pública

Inicialmente a utilização da arbitragem aplicada ao Direito Público era vedada conforme texto antigo da Lei nº 9.307/1996¹³, contudo como forma de contribuir para a redução dos números de questões estatais a serem apreciadas pelo judiciário, conforme números do Relatório Justiça em Números¹⁴, a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública contribuirá para a redução do volume de demandas estatais. Para adoção dessa forma alternativa de solução de conflitos há necessidade de previsão nos contratos que regulem as relações de direito civil patrimonial disponível.

Da mesma forma, para as empresas públicas e sociedade de economia mista, a autorização se dá nas relações tipicamente privada, submetendo-se ao mesmo regime das empresas privadas, haja vista que neste caso a Administração Pública se posta em condições de igualdade perante seus concorrentes privados, pois se assim não o fosse, haveria afronta da livre concorrência e do princípio da igualdade pela utilização indevida do Poder de Império. Apesar do exposto, a submissão de tais questões à Lei de Arbitragem, somente caberá nos caso que haja disputa de direitos patrimoniais disponíveis.

O Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade da legalidade da aplicação da convenção de arbitragem em sede do Poder Público, pelo que o Ministro Eros Grau¹⁵ descreveu que "esse fenômeno, até paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direito a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração". Assim é perceptível o motivo pelo qual não existem razões impeditivas a submissão de questões públicas patrimoniais disponíveis à apreciação do Poder Judiciário, por tratarem-se privilégio ao interesse público, quando contribuem para a rápida resposta ao litígio em questão. Ao optar-se pela arbitragem o Poder Público adota o meio mais hábil de defesa do interesse público, que por sua vez, não se confunde com os interesses da Fazenda Pública ou da Administração, haja vista que tais interesses se assentam na correta aplicação da lei.

A resolução de controvérsias relacionadas aos direitos patrimoniais públicos disponíveis

¹³ A Lei nº 13.129/2015 alterou o art 1º, §1º, da Lei nº 9.307/1996, permitindo a Administração Pública a faculdade de utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos **patrimoniais disponíveis**.

¹⁴ Conselho Nacional de Justiça . **Relatório Justiça em Números relativo ao ano de 2014 publicado em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça**, p. 34. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 09 de novembro de 2015

¹⁵ GRAU, Eros. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. Ano 5. out-dez-2002. Revista dos Tribunais, pag 398-399

torna a conclusão mais célere, como por exemplo, o caso das Concessões Públicas, onde o art. 23, XV, da Lei nº 8987/1995, estabelece que o modo amigável de solução das controvérsias são cláusulas essenciais do contrato de concessão, logo, nota-se a inclinação da Administração Pública no sentido de adotar procedimento de celeridade da solução de controvérsias.

3 - ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

3.1 - Contribuições da arbitragem para as soluções de litígios na Administração Pública

Com o advento da Lei nº 9.307/1996 a arbitragem passou a integrar o ordenamento jurídico incorporando novas feições de solução de controvérsias, entretanto baseou-se, inteiramente, na Lei-Modelo da Uncitral - United Nations Commission on International Trade Law, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU)¹⁶. Com já mencionado, a autonomia da vontade, as garantias fundamentais do art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal/1988 também integraram os princípios da arbitragem, como mecanismo de solução alternativa de controvérsias aplicável à Administração Pública no âmbito da governança pública. Certamente a resolução da ONU foi decisiva para o instituto da Arbitragem no Brasil, entretanto a extensão do instituto da Arbitragem à Administração Pública teve motivação no relatório justiça em números do Conselho Nacional de Justiça.

O principal questionamento seria acerca da indisponibilidade do patrimônio público, haja vista que o instituto da arbitragem somente se aplica aos direitos patrimoniais disponíveis. No Direito Civil o rol dos patrimônios indisponíveis é irrisório se comparado como o Direito Público, desta forma, num primeiro momento a Lei de Arbitragem não teria aplicabilidade aos atos administrativos, como por exemplo, nos casos de Concessões Públicas. O art. 1º, da Lei nº 9.307/1996 afirma que não caberia a utilização da arbitragem nas concessões de serviços públicos por estar envolvido direito indisponível, contudo é notório que nem sempre o Estado representa diretamente o interesse público, mas sim o interesse da Administração Pública, como por exemplo, quando a Administração Pública contrata empresa para o fornecimento de água para consumo em uma autarquia, o que por sua vez é desprovido do interesse público, logo passível de submissão a arbitragem.

¹⁶ Trata-se de lei aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas - Res. 40/72 de 1985. Disponível em http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/40/72. Acesso em 13 de dezembro de 2015.

Seguindo este caminho, pode se afirmar que nem todos os contratos administrativos são objeto do interesse público patrimonial indisponível, de modo que a possibilidade de aplicação do instituto da arbitragem a questões que envolvam concessões de serviços públicos será possível nas soluções de divergências contratuais de tais concessões, desde que, conforme prevê o art. 23, XV, da Lei nº 8.987/1995, possua cláusula essencial relativa à solução amigável das divergências contratuais, contexto que arbitragem encontra aplicabilidade, da mesma forma que nos termos do art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004, aplica-se na resolução de conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato, às Concessões Públicas por meio de Parcerias Público Privada (PPP).

O mesmo entendimento aplica-se às Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, casos em que a autorização legal, equiparam-se às disposições contratuais previstas no Código Civil/2002, a medida que tais pessoas jurídicas de Direito Público, se equiparam às pessoas jurídicas de Direito Privado, por exercerem atividades eminentemente privadas. Cabe ressaltar ainda, que no caso específico das Sociedades de Economia Mista, apesar constar em sua constituição patrimonial recursos privados, o parceiro público é destituído de seu Poder de Império, com vistas a salvaguardar o princípio da igualdade na livre concorrência de mercado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sinalizou no mesmo sentido, quando considerou procedente o Mandado de Segurança nº 11308/DF¹⁷ impetrado contra ato do Ministro da Ciência e Tecnologia, por motivo da rescisão contratual e impossibilidade de resolução do litígio por meio da arbitragem acerca da administração do Terminal Multimodal de Coroa Grande S/A. Durante a celebração do contrato de, ficou definido a eleição do foro da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, para dirimir, de forma amigável, eventuais litígios, em detrimento de qualquer outro. Na supracitada decisão o Ministro Luis Fux entendeu que seria possível o uso do instituto da arbitragem em questões que envolvessem patrimônio público disponível, conforme trechos abaixo:

Dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

¹⁷ Agravo Regimental em sede do Mandado de Segurança nº 11308/DF (2005/0212763-0). Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2414446&sReg=200502127630&sData=20060814&sTipo=91&formato=PDF. página 3. Acesso em 13 de dezembro de 2015

Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente os direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e o modo amigável de solução de divergências contratuais.

O posicionamento do STJ foi reforçado pelo entendimento do STF na decisão do Caso Lage, quanto à legalidade do Juízo arbitral nos casos contra a Administração Pública. Na ocasião a União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão litigiosa, relacionada às empresas privadas de navegação, estaleiros e portos. Assim ficou evidente a ausência de restrições quanto ao emprego do instituto da arbitragem nas questões que envolvam o interesse público patrimonial disponível, haja vista que a disponibilidade em questão é a relacionada ao interesse da Administração Pública, de modo que a opção pelo instituto da arbitragem significa a escolha de um meio mais simples e célere para defesa de tais interesses.

Em face do exposto, e apesar do Juízo arbitral não subtrair a garantia do Juiz Natural, certamente as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça contribuíram decisivamente para a adaptação da Lei nº 9.307/1997, de modo à aplicá-la às relações do Direito Público, garantindo mais rapidez e eficiência nos processos.

3.2 - A eficiência da aplicação da arbitragem para a Administração Pública

Se analisarmos os princípios previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal/1988, o da eficiência foi sensivelmente beneficiado pelo uso da Arbitragem no âmbito da Administração Pública, haja vista, por exemplo, a possibilidade de redução de gastos público, além da contribuição para redução da duração do processo, de modo à torná-lo mais célere. Em 2014 despesas totais da Justiça Estadual somaram aproximadamente R\$ 37,6 bilhões, representando cerca de 0,7% (sete décimos por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 5,2% dos gastos totais dos estados, do Distrito Federal e dos municípios e a um custo pelo serviço de Justiça de R\$ 185 por habitante¹⁸.

Consta daquele relatório, que o Poder Judiciário tem desempenhado a função de cobrador das dívidas públicas nas hipóteses que aqueles direitos patrimoniais são disponíveis,

¹⁸ **Relatório Justiça em Números relativo ao ano de 2014** publicado em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça, p. 34. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 09 de novembro de 2015. p. 71.

correspondendo a 45,3% (quarenta e cinco vírgula três por cento) da arrecadação¹⁹ das execuções fiscais. Em 2014, os processos de execução de título extrajudicial fiscal representaram aproximadamente 75% (setenta e cinco por cento) do total de casos pendentes de execução o que gerou uma taxa de congestionamento de 91% (noventa e um por cento) na Justiça Federal, assim como na Justiça Estadual. Segundo dados no Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, se tais processos fossem desconsiderarmos, haveria uma redução de 8,6 % (oito vírgula seis por cento) no ano de 2014. Uma das alternativas viáveis seria a utilização dos métodos alternativos de resolução de controvérsias, em especial o instituto da arbitragem, a qual a partir de 2015 passou a integrar as possibilidades previstas na Lei nº 9.307/1996.

A atualização do art. 1º, §1º, da Lei nº 9.307/1996 certamente contribuirá para o aumento do rol de possibilidade de ampliação do emprego da arbitragem no Direito Público, como forma alternativa de resolução de controvérsias, sem comprometer a segurança jurídica. Outro aspecto relevante é o disposto no art. 18º da Lei nº 9.307/1996, que determina que a sentença arbitral não se sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário, haja vista que o árbitro é juiz de fato e de direito. Sem dúvida, a assertiva contribuiu relevantemente para a redução dos índices constantes do relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, bem como do tempo de duração da resolução de controvérsias, sobretudo por reduzir as possibilidades de protelação pelas partes.

Em face do exposto, acredita-se que a aplicabilidade da arbitragem, será decisiva para a preservação do interesse público, ao contribuir de forma eficaz para reduzir a morosidade dos processos em tramitação no Poder Judiciário, assim como ter na solução da controvérsia um árbitro especialista em tal questão passível de ser arbitrada, otimizando o processo de sentença no Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

A arbitragem, como forma de aumentar a complementação da atuação do Judiciário, surge como alternativa de reduzir o fluxo processual no Poder Judiciário, pelo reconhecimento da eficácia e eficiência das sentenças arbitrais e das regras de procedimento arbitral. Essa

¹⁹ **Relatório Justiça em Números relativo ao ano de 2014** publicado em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça, p. 34. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros](http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros). Acesso em 09 de novembro de 2015. p. 29.

cumplicidade apresenta-se como componente essencial que a arbitragem abandone o status de meio de solução alternativa de controvérsias, e passe a integrar o rol das formas de disponíveis de resolução de litígios, dadas as suas contribuições para a celeridade e eficiência processual.

Pelo próprio histórico de litigiosidade cultural presente na sociedade brasileira, o instituto da arbitragem ainda demonstra pouca adesão na escolha do método para resolução de controvérsias, no entanto este procedimento já é comum em muitos países, conforme consta na resolução nº 40/72 de 1985, da Assembleia Geral das Nações Unidas. Apesar disso, o Brasil caminha a passos largos para a quebra do paradigma da difusão da arbitragem, tanto que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, estabelecendo uma série de medidas com vistas a difundir o instituto da arbitragem, a começar pelo ensino nas Instituições de Ensino Superior, de modo que os operadores do direito recém formados, possuam a mentalidade de incentivar a utilização da arbitragem ao invés da submissão ao Poder Judiciário, tendo em vista as vantagens já abordadas.

Neste novo cenário, o árbitro será o novo personagem na cena do conflito, cujo trabalho eficiente conduzirá as partes a encontrarem a solução de suas controvérsias por meio de concessões mútuas, capazes de demonstrando-lhes o caminho da eficiência, celeridade e economia de recurso que advirão do uso do instituto da arbitragem, sem que isso, entretanto, enseje na criação de Tribunal de Exceção, ou afronte o princípio constitucional do Juiz Natural.

REFERÊNCIAS

- DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo. Malheiros, 2015;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constitucionalismo e geologia da good governance**. Coimbra. Almedina, 2006;
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, 2ª ed. São Paulo. Malheiros, 1999;
- Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números relativo ao ano de 2014 publicado em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 09 de novembro de 2015;
- POZNANSKI, Bernard G. **The Nature and Extent of an Arbitrator's Powers in International Commercial Arbitration**. Journal of International Arbitration. Geneva. 1987 Issue 3;
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. v. 2. Saraiva. São Paulo, 1990;

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

Superior Tribunal de justiça. **Agravo Regimental em sede do Mandado de Segurança nº 11308/DF (2005/0212763-0)**. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2414446&sReg=200502127630&sData=20060814&sTipo=91&formato=PDF. Acesso em 13 de dezembro de 2015;

JUNIOR, Luiz Antônio Scavone. **Manual de Arbitragem**. 5ª ed. Forense. Rio de Janeiro, 2014;

United Nations Commission on International Trade Law - General Assembly - United Nations - **Resolução nº 40/72 de 1985**. Disponível em http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/40/72. Acesso em 13 de dezembro de 2015; e

GRAU, Eros. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. Revista dos Tribunais. Ano 5. out-dez-2002.