

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A POSSIBILIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Stanley Martins Frasão

Advogado Sócio de Homero Costa Advogados

Nathália Caixeta Pereira de Castro

Estagiária de Homero Costa Advogados

Com o advento da Lei 9.307/96, bem como diante dos avanços sociais e jurídicos ocorridos a partir da instituição da Arbitragem no Brasil e no mundo, nota-se a relevância do instituto para solucionar litígios de forma mais objetiva, técnica e célere.

Percebe-se que o Poder Judiciário, em todas as esferas, tem encontrado grande dificuldade em lidar com a demanda processual que recebe. Processos têm circulado por anos, décadas, sem ter o seu mérito resolvido.

Diante da necessidade de maior fluidez processual, tem-se adotado os chamados métodos adequados para solução de conflitos. Já com reconhecimento notório na Europa e na América Latina, tais métodos ganharam maior visibilidade no Brasil a partir da década de 1990 e, mais especialmente, depois do início do século XXI, após a promulgação da chamada "Lei de Arbitragem".

Os métodos alternativos para solução de conflitos são utilizados, majoritariamente, em demandas empresariais, em que as partes colocam seus interesses privados para julgamento, não envolvendo o Estado em nenhum dos polos, mas apenas objetos particulares.

Vê-se, assim, que a Arbitragem carrega desde o início a característica de resolver interesses pertinentes ao âmbito privado, não apenas no que diz respeito ao compromisso arbitral firmado entre as partes para que assim seja, mas também em relação ao detentor do poder julgador, sendo que o tribunal arbitral também é composto por particulares que não se relacionam com o judiciário estatal.

Apesar desse cenário, em que a arbitragem é mais demandada no Direito Privado, é também possível a celebração de compromisso arbitral entre um particular e a Administração Pública. Nesse caso, como nos outros contratos com cláusula compromissória, é necessária a comutatividade, sendo clara a intenção das partes em participar de tal celebração e de submeterem a um Tribunal Arbitral.

A utilização de mecanismos não judiciais nesse tipo de contrato, mais especificamente a arbitragem, é assunto ainda polêmico nas doutrinas e jurisprudências, mas não tanto como há alguns anos. Considerando que o Direito é uma ciência em constante evolução, desde a Lei 9.307/96, as estatísticas de utilização da Arbitragem no mundo jurídico já aumentaram significativamente, inclusive no que envolve o poder público.

Uma das posições defendidas é de que o interesse público é indisponível, ou seja, inegociável em termos financeiros, não podendo ter seus litígios decididos por um particular, nesse caso, um tribunal arbitral. Esse posicionamento, entretanto, é considerado conservador e ultrapassado, porque é considerável o número de casos em que a Arbitragem foi suficientemente satisfatória para solucionar processos envolvendo a Administração.

A segunda visão, mais moderna, defende que a Arbitragem tem o que é necessário para julgar os casos envolvendo contratos administrativos, sendo adotada majoritariamente por juristas de renome no Brasil. Um dos motivos que abrangeu ainda mais a adoção desse posicionamento é baseada na clara evidência de que o Poder Judiciário não tem mostrado tanta eficácia na resolução de conflitos, deixando a desejar a demanda das partes em verem resolução efetiva em seus litígios.

É importante ressaltar que, na Arbitragem, os princípios constitucionais do contraditório e da igualdade continuam sendo amplamente respeitados, assim como o da imparcialidade do julgador. O tribunal arbitral deverá ser formado por árbitros que não tenham interesse no litígio, tão pouco relação relevante com qualquer das partes, conforme aborda Carmona.¹

¹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei 9.307/96. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2006. p. 251.

É notável que, para a Administração Pública, assim como seria em interesses meramente particulares, é vantajosa a celebração de contrato que estabeleça a Arbitragem como a detentora do poder julgador.

A partir disso, em 2015, entrou em vigor a Lei 13.129/15, complementar à Lei 9.307/96, que trouxe a consolidação de diversos aspectos ainda não definidos até então pela legislação de origem. Dentre as modificações trazidas, foi apresentada com clareza a utilização da Arbitragem em contratos envolvendo a Administração Pública, atributo da arbitrabilidade subjetiva, conforme estabelecido no artigo 1º, que definiu essa possibilidade quando o litígio envolver interesses patrimoniais disponíveis, disposto no seu §1º:

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

Desde então, tanto empresas mistas quanto público-privadas passaram a dirimir, sem maiores problemas, seus conflitos em Câmaras Arbitrais, desde que o objeto de discussão fosse de interesse patrimonialmente disponível, ou seja, a chamada arbitrabilidade objetiva. Percebe-se, assim, que é aceita e, inclusive, bem definida a resolução dada pela arbitragem, não somente no que envolve particulares, mas no que envolve interesse patrimoniais da Administração Pública enquanto parte do procedimento arbitral.

Essa possibilidade trouxe grandes avanços na não judicialização desse tipo de litígio, acrescentando maior celeridade, objetividade nos julgamentos, adotando julgadores com especializações direcionadas para o objeto dos litígios, sendo vantajoso para a Administração Pública e para a outra parte.

Foi bem recebida a consolidação necessária para a adoção dos métodos alternativos para solução de conflitos no Brasil, especialmente da Arbitragem, o que trouxe avanço ao espaço jurídico que antes era tomado apenas por processos judiciais demorados, prolixos e exageradamente recorríveis. Essa realidade abordada, primeiramente, pela Lei 9.307/96 e, posteriormente pela Lei 13.129/15, apresenta grandiosas vantagens processuais a todas as partes, quando, pela sua autonomia de vontade, optarem

HOMERO COSTA

A D V O G A D O S

OAB / MG 001

concomitantemente pela utilização da Arbitragem no que envolve contratos administrativos. Trata-se de uma evolução que se fez necessária e que certamente trará modernidade ao Estado.