

Arbitragem, administração pública e empresas públicas: questões controversas

Tânia Rodrigues do Nascimento
Advogada da CAIXA em São Paulo
Mestranda na Escola de Direito do Brasil

RESUMO

O presente trabalho pretende apresentar uma breve evolução sobre a arbitragem na Administração Pública e alguns aspectos de sua utilização nas empresas públicas, levantando as principais características dessa forma de resolução de conflitos, bem como destacando seus mais importantes desafios na atualidade.

Busca-se apresentar as modernas divergências doutrinárias sobre o tema, confrontando-as com os princípios aplicáveis à Administração Pública em geral e às empresas públicas em especial.

Em conclusão, identificamos que a arbitragem não se aplica a todos os casos e contratos administrativos, mas é compatível com os princípios da legalidade, da publicidade e da supremacia do interesse público, bastando que se construa, mediante motivação dos atos administrativos, os fundamentos de sua aplicação.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Empresas públicas. Supremacia do interesse público.

ABSTRACT

The present work intends to show the evolution of arbitration in government and some aspects of its use in public companies, considering the characteristics of this method of conflict resolution, and highlighting the main presente challenges.

It intends to introduce the modern doctrinal divergences about the theme, facing up to and dealing with the principles of public administration.

In conclusion, we identify that arbitration cannot be applied to all kinds of administrative conflicts and agreements, but is totally compatible with legality, transparency and supremacy of public interests, although it is necessary to present the motives of the administration acts and construct the fundamentals of its application.

Keywords: Arbitration. Government. Public companies. Publicity. Supremacy of the public interest.

Introdução

Arbitragem é um método de solução de conflitos, os quais são submetidos a árbitros, mediante atribuição de competência através de instrumento contratual. Pela utilização do referido instituto, a jurisdição estatal é afastada, e a competência para solução do conflito é atribuída ao árbitro, ou à Câmara de Arbitragem.

Para o professor Alexandre Santos de Aragão,

a arbitragem (...) consiste em mecanismo de heterocomposição de conflitos de interesses, informado pela celeridade, expertise e informalidade, que se processa fora das lindes estatais (ARAGÃO, 2017, p. 21).

A arbitragem é conceituada por Carlos Carmona como

meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.

O instituto legal que regulamenta a arbitragem no Brasil é a Lei nº 9.307/1996. Posteriormente, referida lei foi alterada pela Lei nº 13.129/2015, a qual, especificamente, autorizou a utilização da arbitragem para a Administração Pública direta e indireta, exigindo que, em tais casos, se utilize exclusivamente a arbitragem de direito e que se respeite o princípio da publicidade. Apenas a partir da Lei nº 13.129/2015 que se passou a reconhecer, quase sem controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais¹, a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública.²

¹ O professor Justino de Oliveira, ao escrever sobre “Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública”, ressalta que ainda existem debates minoritários “sobre a constitucionalidade da arbitragem envolvendo a Administração Pública, sob a alegação de que os litígios inerentes aos contratos administrativos não se reportariam a direitos patrimoniais disponíveis, e sim a direitos indisponíveis”.

² Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

O artigo 1º da Lei de Arbitragem restringe a aplicação da arbitragem exclusivamente a direitos patrimoniais disponíveis.

Dito isso, surge a primeira questão controversa sobre a utilização da arbitragem para a Administração Pública em geral e para as empresas públicas em particular, qual seja, verificar se é possível haver direito patrimonial disponível diante da supremacia do interesse público.

No entanto, diante da alteração legislativa realizada pela Lei nº 13.129/2015 (artigo 1º, §1º) e da doutrina que se seguiu, não há dúvida sobre a possibilidade de utilização da arbitragem para conflitos entre órgãos da Administração Pública e entre essa e particulares, devendo apenas ser identificar em quais casos ela é adequada para atingir o interesse público pretendido.

1 Conceito de empresa pública, seu papel na administração pública e especificidades legislativas

As empresas públicas, assim como as autarquias, fundações governamentais, sociedade de economia mista e consórcios públicos, têm como ideia central a descentralização dos serviços públicos.

Nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, as empresas públicas fazem parte da administração pública indireta e devem ser criadas por lei específica. Além disso, possuem capital integralmente público, independentemente do regime jurídico ou da atividade (serviço público ou atividade econômica) realizada.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

No caso das empresas públicas, podem ter personalidade jurídica de direito público ou privado, exceto quando exercerem atividade econômica, caso em que terão obrigatoriamente personalidade jurídica de direito privado, nos termos do artigo 173, §1º, inciso II³ da Constituição Federal. O mesmo artigo manteve, no entanto, a necessidade de licitação e sujeição aos princípios da administração pública, mesmo no caso do exercício de atividade econômica. Nesse sentido, há que se citar Maria Sylvia Zanella de Pietro:

Por outras palavras, a Administração Pública, ao instituir, com autorização em lei, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações de direito privado, está socorrendo-se de meios de atuação próprios do direito privado; foi precisamente o regime jurídico de direito privado que levou o Poder Público a adotar esse tipo de entidade, pois, sob esse regime, ela pode atuar com maior liberdade do que a Administração Pública Direta. No entanto, tais pessoas nunca se sujeitam inteiramente ao direito privado. O seu regime jurídico é híbrido, porque, sob muitos aspectos, elas se submetem ao direito público, tendo em vista especialmente a necessidade de fazer prevalecer a vontade do ente estatal, que as criou para atingir determinado fim de interesse público.⁴

³ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...) § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788530979577. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530979577>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

A Lei nº 13.303/16, que regulamentou o artigo 173, §1º da Constituição Federal, estabelece o estatuto jurídico aplicável às empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), e não fez distinção quanto sua aplicação ao exercício de atividade econômica ou prestação de serviço público. Tampouco dispôs especificamente quanto à arbitragem, exceto no artigo 12, parágrafo único, que trata da possibilidade de utilização de arbitragem em caso de entre acionistas e a sociedade ou acionistas controladores e minoritários, sem ingressar em quaisquer especificidades quanto ao tema.⁵

No entanto, em seu artigo 32, inciso II, traz disposição que determina que

Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: (...) busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental (...).

Por certo que, em determinadas atividades econômicas, a utilização da arbitragem é essencial para a competitividade com empresas privadas e deve ser incorporada aos seus contratos.

Contudo, ao nosso ver, infelizmente, ao deixar de trazer dispositivos específicos sobre a arbitragem nas empresas estatais, perdeu-se uma grande oportunidade de reforçar as vantagens da adoção dessa forma de solução de conflitos, especialmente para as empresas públicas que exercem atividade econômica, facilitando e encorajando sua utilização.

De todo modo, a sujeição das empresas públicas aos princípios da administração pública e à necessidade de licitação ocasiona as mesmas dificuldades e, em grande medida, as mesmas controvérsias quanto à utilização da arbitragem em seus contratos, mesmo quando no exercício exclusivo de atividade econômica.

⁵ Art. 12. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão:
I - divulgar toda e qualquer forma de remuneração dos administradores;
II - adequar constantemente suas práticas ao Código de Conduta e Integridade e a outras regras de boa prática de governança corporativa, na forma estabelecida na regulamentação desta Lei.
Parágrafo único. A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social.

2 A questão dos direitos patrimoniais disponíveis

A lei de arbitragem estabelece que apenas direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto de arbitragem. Não se trata aqui da indisponibilidade do interesse público, mas da disponibilidade do patrimônio público. Os direitos patrimoniais do Estado devem atender, da forma mais efetiva possível, ao interesse público, ainda que seja necessário dispor de tal patrimônio para melhor atender ao interesse público.

As cláusulas contratuais de natureza patrimonial, ou seja, aquelas que não tratam das prerrogativas da Administração Pública previstas no artigo 58⁶ da Lei nº 8666/93, podem ser objeto da cláusula arbitral. Normalmente, são cláusulas referentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, à remuneração do contratado, à extinção dos contratos, a indenizações, dentre outras.

A contrário senso, não é possível submeter à arbitragem o poder punitivo da Administração Pública, como, por exemplo, aplicar penalidade de suspensão do direito de licitar, visto se tratar de cláusula exorbitante, indisponível, sem caráter patrimonial. Nesse sentido, citamos posicionamento de EUGENIA MAROLLA (2016) sobre o tema:

Tanto as cláusulas exorbitantes quanto as regulamentares veiculam poderes da Administração, necessários à consecução do interesse público, razão pela qual, em regra, não são passíveis de submissão ao juízo arbitral. Correspondem aos atos de império.

⁶ Lei nº 8.666/93:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

O Superior Tribunal de Justiça, muito antes da edição da Lei nº 13.129/2015, já havia decidido, ao julgar o REsp 612.429⁷ em outubro de 2005, que a cláusula compromissória é válida nos contratos firmados por sociedades de economia mista no exercício da atividade econômica e com relação aos direitos patrimoniais disponíveis.

De todo modo, no caso da Administração Pública sempre haverá um espectro nebuloso e tênue entre o que pode ou não ser considerado disponível ou indisponível.

Nesse ponto, será essencial que a cláusula arbitral especifique, detalhadamente, quais os conflitos decorrentes do contrato firmado que deverão ser submetidos à arbitragem, salientando o caráter exclusivamente patrimonial dos interesses envolvidos.

3 A indisponibilidade/supremacia do interesse público em face da arbitragem

Por supremacia do interesse público não se pode entender que este irá prevalecer em qualquer situação de conflitos com direitos privados. Entender dessa forma seria negar os direitos fundamentais do cidadão, cujo fundamento inicial é de serem oponíveis em face do Estado. A supremacia do interesse público não pode funcionar como uma causa suprallegal de restrição aos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais apenas podem

⁷ RECURSO ESPECIAL Nº 612.439 - RS (2003/0212460-3)

RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

EMENTA

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

4. Recurso especial parcialmente provido.”

ser restringidos pela via constitucional, e “*não pode a lei restritiva, ainda quando autorizada, devolver o juízo de restrição para o campo de atuação discricionária da Administração Pública*” (SCHIER, 2003, p. 87-105)” fundamentada, no caso, na supremacia do interesse público.

Por isso, o princípio da proporcionalidade e a ponderação podem ser aplicados ao princípio da indisponibilidade do interesse público quando em conflito com outros direitos. Isto porque o princípio da supremacia do interesse público não pode colocar “*em risco os direitos individuais, porque tem que ser aplicado em consonância com os princípios todos que informam o Direito Administrativo, como os da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros consagrados no ordenamento jurídico. Ele protege os direitos individuais.*”⁸

Além disso, a indisponibilidade do interesse público não significa que a Administração não pode dispor de todos os direitos de sua. A depender do caso, a Administração pode e deve dispor de um de seus direitos em prol de atingir o interesse público.

Nesse sentido, o STF decidiu ao julgar o RE 253.885-0/MG, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, cujo tema foi a legalidade de transação não onerosa realizada entre município e servidoras municipais. Restou decidido que

há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimateção deste interesse.

Não obstante o referido acórdão entender que houve atenuação do princípio da supremacia do interesse público, entra em contradição em seguida ao afirmar que a solução foi a melhor para atender ao interesse público. Na verdade, o que ocorreu no caso concreto foi uma atenuação do princípio da legalidade em prol da satisfação do interesse público.

Dito isto, por certo que não há a alegada incompatibilidade entre a supremacia do interesse público e a possibilidade de utilização da arbitragem para solução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. A opção pela arbitragem seria comparável à cláusula de eleição de foro, disposição esta totalmente com-

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788530979577. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530979577>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

patível com os contratos administrativos, não significando, de modo algum, renúncia ao direito público nem ao interesse público.

A célere resolução dos conflitos propiciada pela escolha da arbitragem, com economia de tempo, confidencialidade se for o caso, menor formalismo, tem o condão de acolher a supremacia do interesse público.

4 Publicidade e transparência

4.1 Da compatibilidade entre a arbitragem e o princípio da publicidade dos atos administrativos

A Lei nº 13.129/2015, ao alterar a Lei de Arbitragem, foi expressa ao dispor que a arbitragem na Administração Pública deve obedecer ao princípio da publicidade⁹.

Mesmo antes da alteração legislativa, ao nosso ver, não havia incompatibilidade entre a utilização da arbitragem e o princípio da publicidade dos atos administrativos. Explicamos.

Em primeiro lugar, porque a confidencialidade não é característica essencial do processo de arbitragem. A lei de arbitragem não estabelece, em nenhum de seus dispositivos, a confidencialidade como exigência para realização do procedimento. A confidencialidade deve depender das partes envolvidas e das características dos interesses discutidos.

Além disso, mesmo na jurisdição estatal, que tem por essência a publicidade de seus atos, pode haver casos em que o sigilo é decretado em razão das particularidades dos direitos guerreados, ainda que o processo envolva a Administração Pública. Como exemplo, podemos citar o artigo 26, inciso III do CPC¹⁰, que trata de cooperação jurídica internacional e estabelece a publicidade como regra e o sigilo como exceção e, ainda, o artigo 773¹¹ do mesmo diploma legal, o qual admite o sigilo

⁹ Lei nº 13.129/2015:

“Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

(...) § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

¹⁰ Código de Processo Civil de 2015

Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:

(...) III - a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente;

¹¹ Art. 773. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados.

em caso de entrega de documentos ou dados sigilosos em relação à execução.

Assim, em casos específicos de empresas públicas que exerçam atividade econômica e que trazem na essência de sua atividade atos sigilosos em razão da sua natureza, podem e devem solicitar sigilo quanto a determinados documentos e dados submetidos ao procedimento arbitral. Podemos citar como exemplo a Caixa Econômica Federal, empresa pública que exerce atividade econômica bancária e que tem como dever guardar o sigilo bancário de seus clientes.

O dever de publicidade dos atos administrativos permanece, contudo, em relação à realização e à natureza do conflito submetido à arbitragem, à forma de escolha do ente arbitral, aos custos envolvidos no procedimento, e até com relação aos próprios atos processuais praticados.

Em conclusão, verifica-se que a arbitragem e o princípio da publicidade dos atos administrativos não são incompatíveis, impondo-se apenas a adaptação do procedimento às particularidades da Administração Pública.

4.2 O dever de publicidade

Apesar da inexistência de incompatibilidade entre a arbitragem e a publicidade, permanece na Administração Pública o dever de dar publicidade aos atos praticados e não ao órgão arbitral.

Nada impede, no entanto, que o tribunal arbitral também dê publicidade aos seus atos quando se tratar de conflito que envolve a Administração Pública, mas a responsabilidade legal é do órgão público de fazer as publicações cabíveis para os atos praticados.

5 Arbitragem e o princípio da legalidade

O entendimento sedimentado de que a submissão ao princípio da legalidade significa a submissão à lei formal deve ser relativizado em decorrência da constitucionalização do Direito Administrativo e das novas teorias econômicas sobre a Administração Pública. De acordo com o professor FELIPE ESTEFAM (2013, p.101), "*o administrador público submete-se não só à lei for-*

Parágrafo único. Quando, em decorrência do disposto neste artigo, o juízo receber dados sigilosos para os fins da execução, o juiz adotará as medidas necessárias para assegurar a confidencialidade.

mal, mas também a outros meios que instrumentalizam o Direito”.

Por certo que não se está aqui a defender que se aja contrariamente à lei formal. Ao contrário, se defende que a Administração Pública se submeta não apenas à lei formal, mas a todo o sistema jurídico como um todo, o qual resta fundado na Constituição.

Não se pode, contudo, reduzir à Administração a um mero cumpridor de atos legislativos, visto que tem como finalidade maior a consecução do interesse público. Diante disso, na ausência de dispositivo legal que regulamente expressamente determinado ato e na ausência de proibição de agir por parte de qualquer outro dispositivo legal, caberá à Administração Pública a construção da legalidade do ato que pretende produzir, fundamentando seu ato nos princípios jurídicos, mas motivando de forma concreta e considerando as consequências de seus atos.

Estabelecido o sentido quanto ao princípio da legalidade, verificamos que nenhum conflito há entre este e a utilização da arbitragem. Há lei autorizadora da arbitragem para conflitos envolvendo a administração pública e há forma contratual para estabelecê-la. Basta, portanto, ao Administrador motivar e fundamentar eventuais lacunas considerando as consequências de seus atos na direção de se atingir o interesse público.

6 A seleção da Câmara de Arbitragem

6.1 Utilização da Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93 para a contratação

Talvez a questão mais controversa acerca da utilização da arbitragem na Administração Pública em geral seja a forma de seleção da Câmara de Arbitragem.

A doutrina majoritária baseia-se na escolha por inexigibilidade de licitação¹², prevista no artigo 25, inciso II, §1º da Lei nº 8.666/93, em decorrência de impossibilidade de competição em razão da natureza técnica dos serviços a serem prestados.

Existe, ainda, a possibilidade de credenciamento de diversas Câmaras de Arbitragem que obedecem a requisitos impostos pela Administração, sendo que todas poderão ser contratadas.

O credenciamento não está previsto no artigo 25 da Lei de Licitações como uma modalidade de licitação. Isto porque se trata

¹² Nesse sentido, Felipe Faiwichow Estefam, em sua tese de doutorado sobre Arbitragem e Administração Pública, 2018, p. 73.

de modalidade de dispensa de licitação, vez que há possibilidade da contratação de todos os credenciados, em igualdade de condições, impossibilitando a concorrência. Nesse sentido, há que se citar Maria Sylvia di Pietro, ao explicar que “*é hipótese de inexigibilidade, porque, havendo possibilidade de contratação de todos os interessados, a competição torna-se inviável; daí a aplicação do caput do art. 25 (...)*”.

De todo modo, caberá ao administrador público a construção da legalidade da referida contratação direta, motivando especificamente seus atos, considerando as consequências de suas decisões e demonstrando a necessidade e adequação de sua escolha.¹³ Nessa direção, dispõe o artigo 20 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, o qual determina que o administrador não fundamente suas decisões exclusivamente em princípios abstratos, como a legalidade e a supremacia do interesse público.

As procuradorias e os advogados públicos também têm função fundamental ao respaldar o administrador de fundamentos legais e jurisprudenciais para a tomada das decisões.

6.2 Inaplicabilidade de Lei nº 8.666/93

O professor Gustavo Justino defende a hipótese de não incidência das normas de licitação pública à questão da contratação da Câmara de Arbitragem, fundamentando seu entendimento na Lei nº 13.019/2014, que trata de parcerias entre organizações de sociedade civil e a Administração Pública.

Defende que se faça um paralelo entre a referida lei quando trata de parcerias da Administração com a sociedade civil com a finalidade de perseguir interesse público. Entende que a sociedade civil se equipara à contratação da Câmara, e o interesse público seria a prestação de função jurisdicional.

Não obstante a qualidade do raciocínio descrito e a coerência de sua fundamentação, ao nosso ver, é um caminho tortuoso, o qual coloca o administrador e o advogado público em condição de submissão em relação aos órgãos de controle, especialmente em relação ao princípio da legalidade, pois a mencionada Lei nº 13.019/2014, em que pese a possibilidade da herme-

¹³ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

nêutica, não se aplica à contratação das câmaras arbitrais que possuem nitidamente finalidade lucrativa e não se enquadram no conceito legal de organização de sociedade civil sem fins lucrativos constante do artigo 2º, inciso I da referida lei.

Portanto, em nosso entendimento, a corrente majoritária, fundamentada na inexigibilidade de licitação, cumpre a finalidade de contratação fundada na legalidade e na transparência essenciais aos atos da Administração Pública.

7 Divergências quanto à forma de pagamento da condenação por sentença arbitral e dos custos da arbitragem

Considerando que a Administração Pública depende de leis orçamentárias que aprovem seus gastos, apresenta-se um problema de difícil solução quanto à forma de pagamento da condenação e dos custos de arbitragem. A questão dos altos custos da arbitragem e a forma de pagamento pela Administração Pública são, sem dúvida, grandes desvantagens para a utilização da arbitragem.

Em caso de necessidade de executar obrigação pecuniária decorrente de sentença arbitral, a doutrina está razoavelmente pacificada no sentido de que o pagamento deve respeitar o regime de precatórios estabelecido no artigo 100 da Constituição Federal¹⁴. Isto porque referido artigo traz expressamente essa necessidade em decorrência de “sentença judiciária” e não há diferença de natureza jurídica entre a sentença arbitral e a sentença judiciária. Aliás, o próprio Código de Processo Civil não diferencia a sentença judicial da sentença arbitral ao estabelecer, em seus artigos 515, inciso VII e 516, que sentença arbitral é título executivo judicial e que será executada perante o Juízo competente, assim como a sentença proferida por órgão do Poder Judiciário.

Além disso, o pagamento espontâneo de sentença arbitral pelo Poder Público pode significar burla à “fila de precatório”, criando-se uma casta privilegiada dos credores submetidos à arbitragem.

Resolução recente da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), 5.845/19, que fixa regras para solução de controvérsias entre a ANTT e seus entes regulados, estabeleceu, em seu artigo 19, que os custos da arbitragem devem ser antecipados pelo particular, além de determinar que eventual execução será realizada por meio do procedimento de precatórios.

¹⁴ Nesse sentido, RE 132031, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

Diante de tal posicionamento, para que se evitem o prejuízo ao credor e o desestímulo à arbitragem, a doutrina vem buscando saídas legais, afirmando que é possível o pagamento espontâneo da decisão arbitral desde que haja previsão anterior na Lei Orçamentária Anual, nos termos do artigo 167, II da Constituição Federal.

Também há entendimento de que não existe necessidade de obedecer ao sistema de precatórios se houver previsão legal e contratual no sentido de se eleger fundo específico para pagamento da sentença arbitral ou, ainda, por destinação específica de bens afetados para tal fim.

Quanto aos custos da arbitragem, a legislação tem buscado solução de se atribuir ao contratante a obrigação de antecipação dos custos, ressarcidos ao final pela Administração, em caso de sucumbência.

Para empresas públicas e sociedade de economia mista, não se aplica o regime de precatórios, facilitando o pagamento dos custos de arbitragem, os quais podem ser regulados por contrato ou compromisso arbitral, além do pagamento espontâneo das condenações em decorrência de sentença arbitral, visto que basta haver provisionamento na contabilidade das referidas empresas, além de ser possível a execução forçada do título executivo arbitral.

Conclusão

A arbitragem na Administração Pública sofreu grande avanço nos últimos anos, especialmente em decorrência da Lei nº 13.129/15, a qual deu segurança jurídica para que os administradores e advogados públicos pudessem estipular sua prática. Para as empresas públicas, apesar de haver entendimento anterior à referida lei quanto à possibilidade da utilização da arbitragem, também foi um importante fator de estímulo, na medida em que impulsionou os árbitros e as Câmaras de Arbitragem a desenvolver procedimentos adaptados às peculiaridades do Direito Administrativo.

O desenvolvimento doutrinário no sentido de compatibilizar os princípios administrativos da legalidade, publicidade e supremacia do interesse público também é importante fator no estímulo à realização da arbitragem pela Administração Pública.

Ainda existem algumas questões importantes que pesam no sentido contrário à utilização da arbitragem, em especial no tocante ao pagamento dos custos da arbitragem e da obrigatoriedade de submissão ao sistema de precatórios. A doutrina e a legislação recente, como a nova Lei de Introdução às

Normas de Direito Brasileiro (LINDB), no entanto, vêm tomando a dianteira para dar fundamentos e segurança aos atores da Administração ao buscar alternativas, como atribuir aos fundos públicos e a imóveis afetados a responsabilidade pelos pagamentos, estimulando assim a adoção da arbitragem.

O terreno está bem menos árido para o Administrador, e as dificuldades apresentadas, ao nosso ver, devem ser superadas em curto espaço de tempo.

Referências

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A arbitragem no direito administrativo**. Revista de Arbitragem e Mediação, nº 54, jul./set. 2017.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Administração Pública: primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública**. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 8, n.51, p. 7-21, jul./ago./set. 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2250894/mod_resource/content/1/Carmona%20-%20Arbitragem%20e%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica.pdf. Acesso em 20 jul. 2019.
- DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788530979577. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530979577>>. Acesso em: 17 jul. 2019.
- ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. São Pulo: Lumem Juris, 2013.
- _____. **Arbitragem e Administração Pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo**. Tese de Doutorado, PUC-SP, 2018.
- MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. **Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema**. In: Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, n. 54. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública**. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**: tomo di-

reito administrativo e constitucional. Disponível em https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica_58eda5e648667.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. In Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.