

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 48 | SETEMBRO / DEZEMBRO 2022



Newton

A ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONTROVÉRSIAS NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES REGIDAS PELA LEI 14.133/2021

ARBITRATION AS A MEANS OF OUT-OF-COURT SETTLEMENT OF DISPUTES IN THE SCOPE OF THE CONTRACTS GOVERNED BY LAW 14.133/2021

Márcia Walquiria Batista dos Santos¹
Carlos Antonio Matos da Silva²

RESUMO: Este artigo analisa as condicionantes da adoção da arbitragem como meio de solução extrajudicial de controvérsias no âmbito das contratações regidas pela Lei 14.133/2021. Por meio de uma convenção de arbitragem, as partes atribuem ao árbitro ou ao tribunal arbitral a solução da controvérsia através de uma sentença arbitral, sem a participação do Estado-juiz. A Lei 9.307/1996 reconhece a jurisdicionalidade da atividade arbitral. Ademais, a Lei de Arbitragem, em caráter genérico, e a Lei 14.133/2021, para as contratações por ela regidas, evidenciam a possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem para dirimir litígio relativo a direito patrimonial disponível, desde que observado o princípio da publicidade. Além disso, a Lei 14.133/2021 exige e observância de critérios isonômicos, técnicos e transparentes para a escolha do árbitro ou tribunal arbitral.

Palavras-chave: arbitragem; contrato administrativo; direito patrimonial disponível; interesse público indisponível; licitação.

ABSTRACT: This article analyzes the conditions for the adoption of arbitration as an extrajudicial means of dispute resolution in the scope of contracts governed by Law 14.133/2021. Through an arbitration agreement, the parties assign to the arbitrator or arbitral court the resolution of the dispute through an award, without the participation of the Judiciary power. Law 9.307/1996 recognizes the jurisdictionality of the arbitral activity. Moreover, the Arbitration Law, in general terms, and Law 14.133/2021, for contracts governed by it, show the possibility of the Public Administration using arbitration to settle disputes related to available property laws, as long as the principle of publicity is observed. In addition, Law 14.133/2021 requires the observance of isonomic, technical and transparent criteria for the choice of the arbitrator or arbitral court.

Keywords: arbitration; administrative contract; available property law; inalienable public interest; licitation.

1 Pós-Doutora em Gestão de Políticas Públicas pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades/USP (EACH). Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP Procuradora da Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho” (UNESP). Professora Titular do Mestrado em Direito da Escola Paulista de Direito (EPD). Professora Titular de Direito Administrativo do Centro de Ensino Superior de São Gotardo/MG. Membro efetivo da Comissão Especial de Direito Constitucional da OAB/SP.

2 Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Procurador do Município de São Paulo.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar a possibilidade de adoção da arbitragem para a solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis no âmbito das contratações regidas pela Lei 14.133/2021.

Precedentemente a essa análise, será fundamental conceituar licitação, considerando a sua natureza jurídica e objetivo, a fim de compreender que a sua exigência se relaciona preponderantemente com os contratos bilaterais celebrados pela Administração Pública.

Assim, será imprescindível estudar os contratos da Administração, cuja noção corresponde a um gênero que abrange as espécies contratos privados da Administração e contratos administrativos.

Logo após, passar-se-á à análise da posição doutrinária que defende que a arbitragem é jurisdição privada, bem como do tratamento sistemático conferido a essa modalidade heterocompositiva pela Lei 9.307/1996, notadamente quanto à aplicação dos princípios da manifestação da autonomia privada e competência-competência.

Realizada a reflexão sobre a concepção atual da arbitragem, será examinada a possibilidade de adoção dessa modalidade heterocompositiva para dirimir litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis no âmbito dos contratos administrativos, notadamente daqueles regidos pela Lei 14.133/2021.

Para isso, além da análise casuística da conveniência da adoção da arbitragem, será estudada a eventual existência de obstáculos normativos, como os princípios da indisponibilidade do interesse público e publicidade.

Desse modo, para investigar as condicionantes da adoção da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis no âmbito das contratações regidas pela Lei 14.133/2021, este trabalho analisará a produção teórica de eminentes doutrinadores brasileiros, aproveitando-a no desenvolvimento de todo o texto, bem como a experiência do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do tema.

2 LICITAÇÕES

2.1 Fundamento constitucional

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 22, sobre as competências legislativas privativas da União.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Observa-se que constituinte derivado reformador manteve a mesma impropriedade técnica do constituinte originário, pois conservou entre as competências legislativas privativas da União a de estabelecer normas gerais de licitação e contratação.

De fato, conforme sustentado por Fernanda Dias Menezes de Almeida, trata-se de competência legislativa concorrente, uma vez que cabe à União estabelecer normas que

assentam princípios e diretrizes, e aos demais entes federativos, normas suplementares, de acordo com as suas especificidades e interesses. Nesse sentido, à luz de suas palavras:

É que, quando se trata de competência legislativa privativa, cabe a seu titular a disciplina integral da matéria, ou seja, a normatização de todos os seus aspectos, gerais e específicos. Já o estabelecimento apenas de normas gerais (assim consideradas, entre outras, as que assentam princípios, bases, diretrizes), a cargo de um dos entes federados, cabendo aos demais suplementá-las com a edição de normas específicas, é típico da competência legislativa concorrente. É como quer a posição doutrinária que aqui de aceita, quando a Constituição confere a um ente o estabelecimento de normas gerais sobre uma matéria, automaticamente está admitindo que a hipótese é de competência concorrente.³

A competência legislativa concorrente confere à União a responsabilidade de nacionalizar o essencial, de forma não exaustiva, sem descer a pormenores. Marçal Justen Filho ensina que a norma geral pode ser identificada por seu conteúdo, por sua finalidade ou, eventualmente, por ambos os critérios.

4.1) A norma geral em virtude do conteúdo ou da finalidade

A norma geral pode ser identificada por seu conteúdo ou por sua finalidade. Eventualmente, ambos os critérios podem estar presentes concomitantemente.

4.1.1) Norma geral quanto ao conteúdo

O critério de conteúdo para identificar a norma geral funda-se na natureza das matérias disciplinadas. Segundo esse enfoque, as normas gerais versam sobre temas essências e fundamentais, que dão identidade a um determinado instituto pertinente à licitação ou à contratação administrativa. Assim, seriam normas gerais aquelas que consagram a definição de contrato administrativo, de licitação, de projeto básico etc.

4.1.2) Norma geral quanto à finalidade

O critério da finalidade preconiza que a norma geral versa sobre temas cujo tratamento uniforme, de todos os entes federativos, for indispensável para promover a segurança jurídica e outros valores protegidos constitucionalmente. Assim se passaria com as hipóteses de contratação direta, com a disciplina da resolução do contrato administrativo etc.⁴

Assim, a norma geral visa a tratar uniformemente as questões que extravasam o interesse local, possibilitando que cada ente federativo edite normas específicas para regular as questões de interesse peculiar.

Para além disso, é importante destacar que, até a promulgação da Emenda à Constituição 19, de 4 de junho de 1998, a despeito de existir um regime único e geral para as licitações das entidades integrantes da Administração Pública direta e indireta, havia expressa vedação de aplicação do regime publicista dos contratos administrativos às empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorassem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

A Emenda à Constituição 19, de 1998, entretanto, excluiu as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, titulares de personalidade

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.) *et al. Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.802.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 19.

jurídica de direito privado, do regime geral das licitações, determinando a existência de dois regimes jurídicos diversos para as licitações administrativas. Nesse sentido, a Constituição Federal passou a dispor, *verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(...)

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)

(...)

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

Assim, infere-se que a Lei 14.133, de 1º de abril 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 encontra seu fundamento de validade no art. 37, XXI, da Carta Magna. Ademais, conclui-se que a Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, possui o seu fundamento constitucional de validade no art. 173, § 1º, III, da Carta Magna.

Este trabalho científico, em razão de seu propósito, limitar-se-á ao estudo do emprego da arbitragem às licitações e contratações realizadas pelas Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

2.2 Conceito

José dos Santos Carvalho Filho ensina que, para conceituar a licitação, faz-se necessário considerar a sua natureza jurídica e o seu objetivo. À luz de suas palavras:

Para conceituar a licitação, de forma objetiva, não se pode deixar de considerar dois elementos, que, inclusive, serão estudados separadamente. O primeiro é a *natureza jurídica* do instituto, ou seja, como este se insere dentro do quadro jurídico. O segundo consiste no *objetivo* a que se preordena, o que, aliás, constitui a própria *ratio essendi* desse instrumento.⁵

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 246.

A Lei 14.133/2021 atribui à licitação a natureza jurídica de processo administrativo, ou seja, um procedimento administrativo⁶ em contraditório. Assim, o legislador ordinário, visando a conferir legitimidade democrática à licitação, garantiu a participação efetiva do licitante e dos demais interessados na produção do resultado final⁷.

Ademais, a Lei 14.133/2021 autoriza a modificação do encadeamento lógico dos atos administrativos destinados à produção do resultado final, a fim de tornar o processo licitatório mais eficiente, senão vejamos:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

- I - preparatória;
- II - de divulgação do edital de licitação;
- III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
- IV - de julgamento;
- V - de habilitação;
- VI - recursal;
- VII - de homologação.

§ 1º A fase referida no inciso V do *caput* deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do *caput* deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

Assim, a fase de habilitação poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder a fase de apresentação de propostas e lances e a de julgamento, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

De fato, casuisticamente, a inversão de fases poderá ocorrer quando os requisitos de habilitação forem muito relevantes, ou seja, devendo, assim, ser consideradas apenas as propostas dos licitantes que comprovem a sua idoneidade técnica e econômico-financeira para executar o objeto.

Noutro giro, o *caput* do art. 11 da Lei 14.133/2021 enumera os objetivos a serem concretamente alcançados por meio do processo de licitação, *ipsis litteris*:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

- I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
- IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

⁶ O procedimento administrativo pode ser conceituado como uma sequência ordenada de atos logicamente encadeados e destinados à produção de um resultado final. Cada ato que compõe o procedimento é regido por uma norma que lhe confere validade. Ademais, o encadeamento lógico impõe a vinculação de cada um dos atos componentes do procedimento ao seu ato antecedente e subsequente. De fato, essa questão é juridicamente relevante, pois a validade dos atos posteriores exige a compatibilidade, exaurimento e regularidade dos atos anteriores. Impende destacar que há casos em que a lei autoriza a modificação desse encadeamento de atos para a produção do resultado final.

⁷ Nesse sentido, a Lei 14.133/2021 dispõe, *ad exemplum*: “Art. 21. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados. Parágrafo único. A Administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado.”

Marçal Justen Filho elucida que a licitação, de acordo com a Lei 14.133/2021, é um instrumento para a realização concreta de resultados, e não mais um procedimento destinado a orientar a conduta de um sujeito. Assim, observa em seu livro:

A Lei 8.666/1993 aludiu à licitação como instrumento para realização de determinados fins. A Lei 14.133/2021 alude a objetivos. Trata-se de uma pequena alteração terminológica, mas que não deve ser ignorada. A expressão “fim” apresenta uma dimensão mais subjetiva, indicando uma concepção escolhida para orientar a conduta de um sujeito. Já o vocábulo “objetivo” se refere a um resultado dotado de uma dose de autonomia em face de escolhas pessoais. A alteração terminológica não implica uma ruptura radical com a estrutura conceitual da licitação, mas revela a orientação de vincular o processo de licitação à realização concreta de resultados.⁸

Posto isso, a licitação pode ser conceituada como um processo administrativo de natureza instrumental, destinado à realização concreta de resultados, consubstanciados na seleção da melhor proposta possível⁹, observância do tratamento isonômico¹⁰ entre os licitantes e promoção da inovação e desenvolvimento nacional sustentável.

3 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O contrato é o fato jurídico decorrente de uma composição de interesses, cujos efeitos são desejados pelas partes (*ex voluntate*). Logo, as partes podem escolher o ato jurídico lícito a ser praticado, bem como o seu conteúdo eficaz, que resulta da incidência de uma norma que aceita a intervenção da vontade humana. Infere-se, assim, que a manifestação de vontade e a lei são elementares causais do contrato.

Os contratos da Administração, cuja noção corresponde a um gênero, são aqueles ajustes bilaterais em que a Administração Pública figura num dos polos da relação contratual. O contrato da Administração, seja qual for a espécie, caracteriza-se como atividade administrativa norteada pelos critérios de conveniência e de oportunidade privativos da Administração Pública.

Os contratos privados da Administração¹¹, primeira das espécies do gênero contratos da Administração, são regulados pelo Direito Civil ou Empresarial. Assim, como os ajustes são regulados pelo direito privado, a situação jurídica da Administração se aproxima da do particular, não lhe sendo atribuídas, em regra, quaisquer prerrogativas.

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 256.

9 A melhor proposta possível corresponde a uma relação custo-benefício, apresentando-se quando a Administração assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. De fato, a melhor proposta possível caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato.

10 A isonomia exige tratamento igual na lei e perante a lei. Não obstante, não caracterizam violação à isonomia as diferenciações realizadas pela lei e pela Administração Pública quando houver correlação lógica entre o critério de discrimine e a discriminação decidida em função dele. José dos Santos Carvalho Filho esclarece que o “princípio da igualdade, ou isonomia, tem sua origem no art. 5º da CF, como direito fundamental, e indica que a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica. Ao tratar da obrigatoriedade da licitação, a Constituição, de forma expressa, assegurou no art. 37, XXI, que o procedimento deve assegurar ‘igualdade de condições a todos os concorrentes’. (...) É claro que a lei admite que o administrador, ao enunciar as regras do procedimento, defina alguns requisitos para a competição. A igualdade aqui, como bem anota IVAN RIGOLIN, é de expectativa, porque todos têm, em princípio, iguais expectativas de contratar com a Administração. Desse modo, a possibilidade efetiva de alijar licitantes do certame deve ocorrer após o instrumento de convocação, quando se verificar que não preenchem os requisitos aí demarcados.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.254).

11 À guisa de exemplo, são contratos de direito privado da Administração: a locação, a doação, a permuta e outros do gênero.

Os contratos administrativos, segunda das espécies do gênero contratos da Administração, são os contratos típicos da Administração, pois sofrem a incidência de normas especiais de direito público, só se lhes aplicando supletivamente as normas de direito privado. Nesse sentido, o art. 89 da Lei 14.133/2021 estabelece que os “contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

Marçal Justen Filho ensina que os contratos administrativos não apresentam idênticos caracteres. Existem, assim, os contratos administrativos de colaboração ou cooperação, que, para determinados setores da Administração Pública, são regidos pela Lei 14.133/2021, e os contratos administrativos de delegação, disciplinados por uma pluralidade de outros diplomas. Os contratos administrativos de cooperação são ajustes normalmente bilaterais e comutativos, envolvendo compras, serviços, obras e alienações, sujeitos a regime jurídico de direito público. Os contratos administrativos de delegação, por sua vez, são ajustes que versam sobre a delegação a particulares do exercício de atribuições administrativas, que desencadeiam relações jurídicas de direito público perante os administrados, mediante remuneração fundada em desempenho, e não necessariamente proveniente do erário. Ademais, esse autor sustenta que a Lei 14.133/2021 atenuou as diferenças entre contratos de cooperação e de delegação. À luz de suas palavras:

2.2) Contratos Administrativos propriamente ditos

Os contratos administrativos propriamente ditos são relações jurídicas obrigacionais, em que uma das partes integra a Administração e que é investida de prerrogativas diferenciadas, tal como previsto no art. 103 da Lei 14.133/2021. (...)

Existem duas subespécies de contrato administrativo propriamente dito, que são o contrato administrativo de cooperação e o contrato administrativo de delegação. Essa distinção foi consagrada desde os primórdios da evolução do direito administrativo francês, ao qual se filia o direito brasileiro.

2.3) Contrato administrativo de cooperação

O contrato administrativo de cooperação tem por objeto prestação determinada, a ser executada por uma das partes para integração no patrimônio da outra.

Esses contratos usualmente são bilaterais e comutativos. Ou seja, impõem prestações a ambas as partes e tais prestações apresentam uma equivalência econômica. (...)

Tais contratos envolvem usualmente desembolso de recursos por parte da Administração em favor do particular. Esses contratos cujo objeto é definido com uma dose significativa de precisão e seu prazo em geral é mais reduzido.

A Lei 14.133/2021 disciplina contratos administrativos de cooperação praticados por determinados setores da Administração Pública.

2.4) Contrato administrativo de delegação

O contrato administrativo de delegação tem por objeto a atribuição a um sujeito privado do desempenho perante terceiros de atribuições de titularidade da Administração Pública, mediante remuneração fundada em seu desempenho e não necessariamente proveniente do erário.

(...)

Esses contratos abrangem especificamente as parcerias público-privadas, as concessões e as permissões de serviço público. Existe uma pluralidade de leis disciplinando essas contratações. Podem ser referidas a Lei 8.987/1995

(Lei Geral de Concessões) e a Lei 11.079/2004 (Lei das PPPs), entre outras.
(...)

2.7) A atenuação das diferenças

A distinção entre contratos de cooperação e de delegação é fundamental. No entanto, a dinâmica da realidade vem conduzindo à atenuação das distinções entre as duas espécies de contratações acima referidas. Esse fenômeno é constatado na disciplina da própria Lei 14.133/2021. Assim, por exemplo, os regimes de contratação integrada e semi-integrada se constituem em soluções anteriormente praticadas apenas no âmbito dos contratos de delegação. Por igual, o regime de remuneração variável, tal como previsto nos contratos de eficiência, encontra a sua origem nos contratos de delegação.

Essas ponderações não significam reconhecer a superação da distinção entre contratos de delegação e de cooperação.¹²

Posto isso, infere-se que é o regime jurídico que, verdadeiramente, marca a diferença entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração.

De mais a mais, é importante ressaltar que a Lei 14.133/2021¹³, em regra, não se refere aos contratos unilaterais, tampouco aos atos de disposição praticados em benefício da Administração¹⁴.

Com efeito, a exigência de prévia licitação relaciona-se preponderantemente com os contratos bilaterais celebrados pela Administração Pública, que, na grande maioria, são comutativos ou sinalagmáticos, pois há a troca no patrimônio de cada parte. Logo, durante a execução do contrato administrativo, o contratado tem de realizar determinada prestação, que corresponderá ao dever de a Administração adimplir a sua prestação.

Para além disso, a Lei 14.133/2021¹⁵ não contempla a prerrogativa ou competência anômala¹⁶ de a Administração descumprir as obrigações decorrentes do contrato

12 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 65-67.

13 A Lei 14.133/2021 prevê: “Art. 2º Esta Lei aplica-se a: I - alienação e concessão de direito real de uso de bens; II - compra, inclusive por encomenda; III - locação; IV - concessão e permissão de uso de bens públicos; V - prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados; VI - obras e serviços de arquitetura e engenharia; VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação.

14 “Mas há hipóteses de contratos unilaterais em favor da Administração, em que se impõe a realização da licitação. A ausência de obrigação de pagamento por parte da Administração não conduz, de modo necessário e inafastável, à desnecessidade da licitação. É indispensável assegurar a obtenção da proposta mais vantajosa, tal como o tratamento isonômico entre diversos potenciais interessados. (...) Pode haver casos em que a gratuidade da prestação executada em favor da Administração envolve uma solução que não se configura como a mais vantajosa. Assim se passa, de modo especial, nos casos em que a Administração necessitará realizar outros desembolsos para obter o resultado pretendido. (...) Outra hipótese de licitação obrigatória é aquela em que a liberalidade do particular é acompanhada de interesse pessoal indissociável. Isso se passa quando o particular estiver em condições de auferir vantagens não diretamente em face da Administração, mas quanto a terceiros. A liberalidade em favor da Administração será contrabalançada por benefício obtido no relacionamento com outros. Em muitos casos, a situação assemelha-se a uma concessão de bens ou serviços públicos. Poderá, inclusive e se for o caso, aplicar-se a legislação correspondente.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: lei 8.666/1993*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.73, E-Book).

15 A Lei 14.133/2021 dispõe: “Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei; III - fiscalizar sua execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de: a) risco à prestação de serviços essenciais; b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato. § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2º Na hipótese prevista no inciso I *do caput* deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”

16 “Por tradição essas competências são denominadas de “prerrogativas”, mas isso não deve induzir o aplicador a uma interpretação literal. Não existe, num Estado Democrático de Direito, *prerrogativas* nem *privilégios*, na acepção medieval dos termos. Trata-se de competências subordinadas ao Direito e cuja atribuição deriva da concepção instrumental da Administração Pública. Presume-se que as finalidades buscadas pela atividade administrativa do Estado não poderiam ser satisfatoriamente atingidas se houvesse a aplicação do regime jurídico de direito privado. Portanto, o Direito atribui competências anômalas à Administração Pública. Por meio delas, o Estado pode cumprir os deveres a si impostos.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p.1280).

administrativo. De fato, assegurada a intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras, essa lei atribui à Administração o poder-dever de inovar, de modo unilateral, as condições originalmente pactuadas no contrato administrativo, sempre que presentes os pressupostos normativos que visam à realização adequada e satisfatória de interesse público indisponível.

4 ARBITRAGEM

A arbitragem é um mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias em que as partes, por meio da convenção de arbitragem, conferem ao árbitro, ou ao tribunal arbitral, a solução definitiva de seus litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.¹⁷

Joel Figueira Jr. ensina que a arbitragem caracteriza-se como uma porta de acesso à ordem jurídica justa, “assim compreendida como harmonia dos sistemas e instrumentos processuais com a tutela jurisdicional oferecida, de maneira a ofertar ao consumidor do direito soluções em tempo razoável, compatível com a lide, com segurança, justiça na decisão e cabal efetividade”¹⁸, possibilitando às partes atribuírem, consensualmente, a solução da controvérsia a terceiro imparcial, não integrante do Poder Judiciário.

No mesmo sentido, José Francisco Cahali ensina que:

Na arbitragem, enquanto instrumento de heterocomposição, aparece a figura de um terceiro, ou colegiado, com a atribuição de decidir o litígio que a ele foi submetido pela vontade das partes. Caracteriza-se, assim, como um método adversarial, no sentido de que a posição de uma das partes se contrapõe à da outra, outorgando-se autoridade ao árbitro para solucionar a questão. A decisão do árbitro se impõe às partes, tal qual uma sentença judicial; a diferença é que não foi proferida por integrante do Poder Judiciário.¹⁹

Tira-se por conclusão que o ponto fulcral da arbitragem é a autonomia privada²⁰. “Com efeito, dois são os elementos da disciplina jurídica da arbitragem contemporânea a dar efetividade à autonomia da vontade: a irrevogabilidade unilateral da convenção arbitral e a possibilidade de se buscar judicialmente a instituição da arbitragem.”²¹

Para além da autonomia para celebrar a convenção de arbitragem, a Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) assegura a possibilidade do estabelecimento de qualquer arranjo procedimental, desde que respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento²². “A flexibilidade do procedimento, portanto, é mais uma das vantagens

17 Nesse sentido, a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, dispõe, *in verbis*: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (...) Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

18 FIGUEIRA JR., Joel. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.105.

19 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 43.

20 A autonomia da vontade, símbolo do individualismo, foi substituída pela autonomia privada, símbolo da socialidade e eticidade. A autonomia privada, efetivamente, limita a autonomia da vontade por meio da incidência da boa-fé objetiva, solidariedade social e equilíbrio material entre as prestações, bem como da vedação ao abuso de direito. Enfim, a autonomia privada, hodiernamente, deve relacionar o plano normativo (morfante o dos direitos fundamentais) com o plano da realidade social, pois o negócio jurídico não deve interessar apenas às partes, mas cumprir, sempre que possível, uma função socialmente significativa.

21 SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.35.

22 O art. 21 da Lei 9.307/1996 dispõe, *ad litteram*: “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”

oferecidas pela arbitragem, com a possibilidade das partes, a partir do caso concreto, definirem o procedimento mais adequado.”²³

Ademais, a Lei de Arbitragem possibilita às partes definirem o direito material a ser aplicado para dirimir o litígio, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. É possível, outrossim, que as partes determinem que o litígio será solucionado com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. As partes podem, ainda, definir que o árbitro ou o tribunal arbitral julgue por equidade.

Pelo que se viu, pode o árbitro, autorizado a julgar por equidade, decidir em sentido contrário àquele indicado pela lei posta, o que não quer dizer que deva ele necessariamente julgar afastando o direito positivo. Em outros termos, se a aplicação da norma levar a uma solução justa do conflito, o árbitro a aplicará, sem que isto possa ensejar qualquer vício no julgamento. Ao conceder poderes para julgar por equidade, não podem as partes esperar que obrigatoriamente o árbitro afaste o direito positivo, o que configura mera faculdade, como se percebe claramente: neste caso, porém, será sempre interessante que o árbitro explique que apesar da autorização para julgar por equidade, está aplicando o direito posto por considerar adequada a solução dada pela lei ao caso concreto.

Numa visão francamente realista, não se pode deixar de notar que a arbitragem *ex aequo et bono* submete as partes a sérios riscos, pois o que parece justo a elas pode não parecer ao árbitro (e vice-versa). Assim, podendo ser negligenciadas limitações legais e regras de direito material, a decisão assemelha-se a um verdadeiro barril de pólvora, sobre o qual placidamente resolvem sentar-se as partes!²⁴

Infere-se que a arbitragem, hodiernamente, em razão da incontroversa crise do Poder Judiciário, constitui adequada modalidade heterocompositiva para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, haja vista a qualidade de seus procedimentos e decisões.

4.1 Arbitragem como jurisdição

A natureza jurídica da arbitragem sempre foi tema de grande divergência.

A teoria privatista, que tratava a arbitragem como manifestação da autonomia privada, até o advento da Lei de Arbitragem, não encontrava dificuldade para ser sustentada, uma vez que o laudo arbitral só se aperfeiçoava com a chancela da autoridade do Estado-juiz.

Hodiernamente, o entendimento doutrinário dominante é no sentido de que a Lei de Arbitragem adotou a teoria jurisdicional, uma vez que a “jurisdição arbitral é outorgada por lei *in abstracto*, e atribuída *in concreto* ao árbitro pelas partes que assim quiserem”²⁵. Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona, um dos notáveis autores da Lei 9.307/1996, ensina que:

O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem. Certamente continuarão a surgir críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver atividade processual – e muito menos jurisdicional – fora do âmbito da tutela estatal estrita. Para rebater tal ideia tacanha de jurisdição, não há lição mais

23 FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias. *Lei de arbitragem comentada*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, p. 282.

24 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 66-67, E-book.

25 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.135.

concisa e direta que a de Giovanni Verde: “[A] experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a ideia que a justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes”.

(...)

O conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para que se possa adequar a técnica à realidade. É bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo as velhas lições de Chiovenda para sustentar a ideia contratualista do instituto, outros preferindo seguir ideias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também a atividade dos árbitros; outros, por fim, tentam conciliar as duas outras correntes. (...)

O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem.²⁶

De fato, a Lei de Arbitragem dispõe que o árbitro é juiz de fato e de direito²⁷, e que a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário, produzindo, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença judicial. Logo, a sentença arbitral obriga as partes, transferindo-se ao Estado-juiz apenas a execução da obrigação descumprida, uma vez que a Lei nº 9.307/1996 não outorga ao árbitro os poderes de coerção e execução de suas decisões (*coertio* e *executio*), por corresponderem, inegavelmente, ao uso concreto ou potencial da força. Ademais, o árbitro, no exercício de sua ação cognitiva, deve proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção²⁸, a fim de aplicar o direito ao caso concreto.

De mais a mais, a Lei de Arbitragem expressamente prevê o princípio *kompetenz-kompetenz*, cabendo ao árbitro decidir sobre a sua própria competência ou jurisdição²⁹. Com efeito, nos termos do parágrafo único do art. 8º da Lei 9.307/1996, o árbitro ou tribunal arbitral decidirá sobre a possibilidade de o litígio relativo a direito patrimonial disponível ser dirimido por meio da jurisdição privada, ante a inexistência de vício na convenção de arbitragem ou no contrato que contenha a cláusula compromissória.

26 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26-27, E-book.

27 O art. 18 da Lei 9.307/1996 dispõe: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

28 Nesse sentido, a Lei 9.307/1996 estabelece: “Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil. § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.”

29 Francisco José Cahali defende que, tecnicamente, o árbitro possui competência para decidir sobre a sua jurisdição, afastando, assim, a jurisdição estatal, e não a competência de um órgão do Poder Judiciário. À luz de suas palavras: “Na verdade, embora se traduza como princípio da *competência-competência*, e assim se refira a doutrina ao identificar esta regra, como antes referido, se contém neste princípio a essência da jurisdição que, *in abstracto*, é inerente ao árbitro, pois se atribui a ele, *in concreto*, o poder de avaliar o litígio a ele submetido e concluir pela inviabilidade de sua apreciação no seu próprio juízo arbitral, ou seja, diz o árbitro que a matéria não é arbitrável, e, assim, de ser por ele apreciada. Desta forma, a regra confirma uma vez mais a opção legislativa de outorgar jurisdição ao juízo arbitral. Neste caminho a doutrina, à qual nos filiamos, diz que o princípio da competência-competência deveria ser da ‘jurisdição-jurisdição’. O árbitro tem competência para avaliar a possibilidade de o litígio ser submetido à sua jurisdição ou não, haja vista a natureza jurisdicional da arbitragem.” (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.151).

Não se pode olvidar, entretanto, que a Lei 9.307/1996 possibilita ao Estado-juiz o controle *a posteriori*³⁰ das decisões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como à nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem. Desse modo, após o árbitro ou tribunal arbitral proferir a sentença, a parte poderá propor a ação declaratória de nulidade de sentença arbitral, prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem³¹.

Para além disso, o art. 21 da Lei 9.307/1996 estabelece que a “arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.” Logo, desde que respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, bem como os requisitos da sentença arbitral, as partes podem estabelecer as regras procedimentais particulares e adequadas ao caso concreto, optando, inclusive, pela incidência de regras do Código de Processo Civil.

5 Adoção da arbitragem para dirimir controvérsias nas contratações regidas pela Lei 14.133/2021

O Superior Tribunal de Justiça, mesmo antes da edição da Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, já admitia a utilização da arbitragem para a solução de controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis em contratos administrativos.

Nesse sentido, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento de mérito do Recurso Especial 904.813 – PR, afirmou que a previsão do juízo arbitral, no lugar do foro da sede da Administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia relacionada a direito patrimonial disponível, não vulnera o princípio da vinculação das partes ao edital de licitação, pois não há falar que a licitação teria outro resultado ou dela participariam mais ou menos concorrentes unicamente pelo fato de estar ou não previsto determinado foro para a solução de controvérsias. Assentou, ademais, que, embora seja cláusula obrigatória do contrato administrativo, a cláusula de foro não pode ser considerada essencial e incompatível com a convenção de arbitragem, uma vez que as áreas de abrangência de uma de outra são distintas, inexistindo qualquer conflito. Aduziu, outrossim, que, no âmbito do Poder Público, há ainda a questão da impossibilidade de instituição do juízo arbitral para dirimir controvérsias relacionadas a direitos indisponíveis, sendo necessária, portanto, a atuação da jurisdição estatal, cuja competência será fixada pela cláusula de foro prevista obrigatoriamente nos contratos administrativos.

A Lei 9.307/1996, que dispõe sobre a arbitragem, teve o seu âmbito de aplicação ampliado pela Lei 13.129/2015, para o fim de prever a possibilidade de a Administração Pública Direta e Indireta utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, *in verbis*:

30 Esse controle *a posteriori* visa a evitar que a parte, com o intuito de protelar a solução do litígio por meio da jurisdição privada, buscase o Estado-juiz para decidir, primeiramente, sobre a competência, suspeição ou impedimento do árbitro, assim como acerca da nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem.

31 A Lei de Arbitragem, ao tratar do controle *a posteriori* da decisão do árbitro que reconheceu a sua competência, estabelece, *ad litteram*: “Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. (...) § 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei. (...) Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.”

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

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

Assim, a Lei de Arbitragem passou a evidenciar, em caráter genérico, a possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem como meio de solução extrajudicial de litígio relativo a direito patrimonial disponível.

A Lei 14.133/2021, no mesmo sentido, prevê que, nas contratações por ela regidas, é possível o emprego de diversos meios de solução extrajudicial de controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, senão vejamos:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no *caput* deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

É importante destacar que a conveniência da adoção da arbitragem deve ser analisada casuisticamente, por meio de um juízo de adequação que vise a atender às finalidades para as quais a utilização desse meio de solução extrajudicial de litígios foi prevista no ordenamento jurídico. Nesse sentido, Carlos Alberto de Salles, por intermédio de seu livro, ensina:

De fato, no cotejo entre arbitragem e processo judicial, importante considerar que “a linha de demarcação entre custo e benefício é sutil, e frequentemente aquilo que em certo momento parece um elemento negativo ou positivo pode induzir a optar pela arbitragem ou pelo processo ordinário, mais tarde, no caso concreto, pode assumir valor oposto e revelar-se como elemento impeditivo”.

(...) Mesmo no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis, não é possível afirmar, abstratamente, a maior celeridade, economicidade ou mesmo qualidade e eficiência da sentença arbitral, isso por que não preponderam, a esse respeito, fatores estruturais dos mecanismos de solução de controvérsias em comparação, mas características institucionais e funcionais localizadas, cuja generalização acaba por se desprezar, levando a conclusões equivocadas.

(...)

Diversamente do que ocorre na relação entre particulares, na qual a opção pela arbitragem está submetida apenas à vontade dos sujeitos, o motivo é parte integrante do ato administrativo, o qual deve atender às finalidades para as quais a permissão para utilização desse mecanismo foi prevista em lei. (...) Necessário, portanto, discutir quais parâmetros devem servir

de base à decisão administrativa pela arbitragem e devem ter servido de fundamento aos permissivos legais em cada caso.³²

Nesse cenário, à guisa de exemplo, aponta-se que a opção pela arbitragem ocorre, normalmente, nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte.

As licitações e contratações referentes a obras, serviços e fornecimentos de grande vulto³³ normalmente são financiadas por agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro de que o Brasil seja parte. Assim, haverá um contrato de mútuo celebrado entre a instituição estrangeira e a entidade integrante da Administração Pública brasileira, bem como um contrato administrativo firmado entre esta entidade e o sujeito privado contratado.

Impende destacar que o art. 1º, § 3º, da Lei 14.133/2021³⁴ prevê a possibilidade de afastamento de suas normas e a aplicação das normas e procedimentos da instituição estrangeira para a seleção e contratação do sujeito privado. Todavia, o afastamento da incidência da legislação doméstica somente será admitido se: a) for um requisito para o aperfeiçoamento do contrato de doação ou financiamento; b) houver acordo prévio entre a instituição estrangeira e a entidade integrante da Administração Pública Brasileira; e c) não ofender a soberania nacional, a indisponibilidade de interesses fundamentais e os princípios constitucionais que disciplinam a atividade administrativa do Estado.

Assim, por exemplo, nos contratos de financiamento celebrados com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), há a recomendação expressa de inclusão da arbitragem comercial internacional nos contratos de aquisição de bens e contratação de obras, senão vejamos:

2.43 As condições do contrato conterão dispositivos a respeito da legislação aplicável e foro para a solução de controvérsias. A arbitragem comercial internacional tem vantagens práticas em relação a outros métodos de solução de controvérsias. Assim, o Banco recomenda aos Mutuários a inclusão dessa forma de arbitragem nos contratos de aquisição de bens e contratação de obras. O Banco não poderá ser designado como árbitro nem se poderá solicitar ao Banco que designe árbitro. No caso de contratos de obras, de fornecimento e instalação, e contratos de empreitada integral, a cláusula relativa à solução de controvérsias estabelecerá, também, mecanismos tais como juntas de revisão de controvérsias ou árbitros, cuja designação vise possibilitar a solução mais rápida.³⁵

Embora se trate de uma recomendação, e não de um requisito para o aperfeiçoamento do contrato de financiamento com o BID, a conveniência da adoção da arbitragem comercial

32 SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.30-32.

33 O art. 6º, XXII, da Lei 14.133/2021 define como obras, serviços e fornecimentos de grande vulto “aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais)”.

34 “Art. 1º. (...) § 3º Nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, podem ser admitidas: I - condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República; II - condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos, desde que: a) sejam exigidas para a obtenção do empréstimo ou doação; b) não conflitem com os princípios constitucionais em vigor; c) sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento previamente à celebração do referido contrato;”

35 BRASIL. Políticas para aquisição de bens e contratação de obras financiadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento. Revisão BID-Brasil, 20 de janeiro de 2012. Disponível em: https://www.economia.gov.br/images/imagens_migradas/upload/arquivos/2017-11/politicas-bid-obras-e-bens--gn-2349-9--rev_-09-1.pdf. Acesso em: 04 mai. 2022.

internacional como meio de solução de controvérsias no âmbito do contrato administrativo decorre da possibilidade de assegurar a incidência de soluções praticadas no âmbito do mercado internacional, notadamente porque, em regra, nas licitações e contratações referentes a obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, há a participação de licitantes estrangeiros³⁶.

Além da análise casuística da conveniência da adoção da arbitragem, há, ainda, a necessária superação de obstáculos normativos, como a observância: a) dos princípios da indisponibilidade do interesse público e publicidade; e b) dos critérios isonômicos, técnicos e transparentes no processo de escolha do árbitro ou tribunal arbitral.

5.1 Os princípios da indisponibilidade do interesse público e publicidade como obstáculos aparentes

Verdadeiramente, os interesses públicos são titularizados pela coletividade. Assim, a Administração Pública tem, nos termos da lei, o poder-dever de gerir, conservar e velar pelos interesses públicos que lhe foram confiados.

Observa-se, entretanto, que tanto a Lei 9.307/1996, que teve o seu âmbito de aplicação ampliado pela Lei 13.129/2015, como a Lei 14.133/2021 possibilitam a utilização da arbitragem pela Administração Pública para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Com efeito, diante da expressa autorização legislativa, o princípio da indisponibilidade do interesse público consiste apenas num obstáculo aparente, pois não inviabiliza a adoção da arbitragem como meio de solução extrajudicial de controvérsia relativa a direito patrimonial disponível.

A discussão concentra-se, então, no fato caracterizador do direito patrimonial disponível, ou seja, na arbitrabilidade objetiva (matérias que podem ser decididas pela arbitragem).

No contrato administrativo, os direitos indisponíveis são aqueles que restringem os direitos do contratado no interesse da coletividade. Assim, não é possível a utilização da arbitragem para dirimir litígios relacionados ao poder-dever de a Administração: a) fiscalizar a execução do contrato administrativo; b) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; e c) inovar, de modo unilateral, as condições originalmente pactuadas no contrato administrativo, sempre que presentes os pressupostos normativos.

Os direitos patrimoniais disponíveis, por sua vez, são aqueles bens e direitos subjetivos da Administração Pública, de dimensão patrimonial, que comportam renúncia, transação e alienação, desde que respeitados os limites determinados pelo ordenamento jurídico.

Marçal Justen Filho ensina que há confusão terminológica entre interesse público e direitos subjetivos de titularidade da Administração Pública. Para esse autor, o interesse público relaciona-se com os fins últimos que justificam a existência do Estado, ao passo que os direitos subjetivos de titularidade da Administração Pública possuem dimensão patrimonial, podendo ser objeto de renúncia, disposição ou alienação. À luz de suas palavras:

A controvérsia sobre o cabimento da arbitragem em contratações administrativas foi influenciada por uma confusão terminológica. Tradicionalmente, reconhece-se que o interesse público não é disponível. As a expressão “interesse público”, utilizada em tais hipóteses, não se confunde com direitos subjetivos de titularidade da Administração Pública. No âmbito do direito administrativo, o “interesse público é um conceito

36 O art. 6º, XXXV, da Lei 14.133/2021 define licitação internacional como a “licitação processada em território nacional na qual é admitida a participação de licitantes estrangeiros, com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira, ou licitação na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro”.

específico, relacionado com os fins últimos que justificam a existência do Estado. Apresenta um sentido próximo a “Bem Comum”. Considerando a questão sob esse enfoque, a indisponibilidade do interesse público significa a vedação à busca pelo agente administrativo de qualquer finalidade distinta do interesse coletivo. Daí não se segue que todos os direitos subjetivos atribuídos ao Estado sejam indisponíveis.

O Estado é investido da titularidade de bens e de direitos de dimensão patrimonial, que podem ser objeto de alienação, renúncia e disposição.

A arbitragem não envolve o comprometimento da Administração Pública com a realização do interesse público, mas se refere a litígios que versam sobre o relacionamento jurídico com terceiros, tendo por objeto direitos subjetivos de natureza patrimonial.³⁷

Carlos Alberto de Salles elucida que ocorre uma indevida extensão da indisponibilidade do interesse público ao regime jurídico a que se submetem os bens do Estado. Reconhece que, a despeito de os bens públicos estarem vinculados ao atendimento de finalidades públicas, essa vinculação não impossibilita a sua disponibilidade, desde que atenda a determinada finalidade e o ato de disposição observe o devido processo legal administrativo, notadamente os postulados da proporcionalidade e razoabilidade. Revela, ademais, que, excepcionalmente, há bens públicos que são deveras indisponíveis, quando afetados a um caráter coletivo. Assim, por meio de seu livro, explica:

O problema a esse respeito reside no fato de ocorrer uma indevida extensão da afirmada indisponibilidade do interesse público, ao regime jurídico a que se submetem os bens do Estado. O engano está na falsa premissa de que “sendo o interesse público indisponível e sendo os bens públicos meros instrumentos para a consecução desse interesse, os bens seriam, por conseguinte, também indisponíveis.”

(...)

Dessa vinculação, todavia, não é significativa da impossibilidade modificação da titularidade do bem público. Tal expressão não indica mais do que a vinculação de um bem a uma finalidade específica. Novamente, não se verifica propriamente uma indisponibilidade.

Respeitadas as finalidades a que se destinam, atos de disposição, com a transferência de sua titularidade, do Estado para o particular, ocorrerem trivialmente pelo Poder Público.

A administração pública, por exemplo, quando realiza o pagamento de uma obra ou uma simples campanha de vacinação, está dispondo de bens públicos. (...) Nas duas hipóteses há evidente exercício de disponibilidade de recursos públicos. Não se argumenta haver nesses casos mera retribuição, pois o pagamento contratual inclui parcela de lucro pelo prestador de serviço e a vacina pode – e deve – ser aplicada mesmo a quem nunca pagou um tributo.

(...)

É preciso insistir quanto à inexistência de uma regra de *indisponibilidade material* em relação aos bens públicos. A afirmada “indisponibilidade” indica não mais que uma disponibilidade condicionada, consistente na existência de um vínculo de finalidade e a necessidade do ato de disposição observar a determinados requisitos, expressos na forma de um *devido processo legal administrativo*.

Apenas excepcionalmente, como destaque no item anterior, ocorrem situações de indisponibilidade material de bens públicos. Essas situações têm lugar

37 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1582.

quando a um bem público se empresta um caráter coletivo, em razão, por exemplo de um atributo ambiental ou de um valor cultural incidente sobre um imóvel.³⁸

Para além disso, tanto art. 2º, § 3º, da Lei 9.307/1996 como o art. 152 da Lei 14.133/2021 dispõem que a arbitragem observará o princípio da publicidade.

O princípio da publicidade visa a dar transparência aos atos administrativos e jurisdicionais, assim como contribuir para a concretização da moralidade, imparcialidade e eficiência. De fato, a publicidade robustece a confiança da coletividade na Administração Pública e no Poder Judiciário, pois possibilita o controle dos atos praticados pelos agentes públicos no exercício de suas funções.

Assim, a despeito de a confidencialidade³⁹ da arbitragem ser a regra - seja por força da convenção de arbitragem, seja pela previsão no regulamento da instituição arbitral aceita pelas partes, uma vez que possibilita que os segredos empresariais, defeitos de produtos ou serviços e aspectos contábeis sejam preservados -, o processo arbitral em que a Administração Pública for parte terá de observar, necessariamente, o princípio da publicidade.

Todavia, impende ressaltar que essa observância ao princípio da publicidade restringir-se-á à Administração Pública.

Não há falar que o árbitro ou o tribunal arbitral possuirá o dever de prestar informações relativas a atos praticados e decisões proferidas no processo arbitral em que a Administração Pública for parte, notadamente porque, nos termos do art. 13, § 6º, da Lei 9.307/1996, o árbitro, no desempenho de sua função, “deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.”

O contratado, da mesma forma, não possuirá o dever de prestar informações inerentes ao processo arbitral em que participar, pois o segredo de seu negócio compõe o estabelecimento empresarial, que se encontra protegido pelo sistema constitucional brasileiro, uma vez que decorre da livre iniciativa e da livre concorrência.

Marçal Justen Filho, por meio de seu livro, ensina que:

No setor privado, é usual a previsão do sigilo no tocante aos processos e às decisões arbitrais.

No entanto, a publicidade inerente à atividade administrativa não é compatível com a manutenção do sigilo das ações e omissões relativas às controvérsias de que participe a Administração Pública.

Mas essa exigência de publicidade é exigível do litigante público. Ou seja, não cabe ao árbitro dar ao conhecimento generalizado as suas decisões. Ninguém é autorizado a exigir que o árbitro, ou a câmara arbitral que administrar o processo arbitral, divulgue os eventos verificados no curso de uma arbitragem.

Os interessados dispõem da faculdade de exigir que a entidade administrativa divulgue os eventos a ela pertinentes. Isso compreende inclusive aqueles ocorridos no bojo de um processo arbitral.⁴⁰

38 SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 293-295.

39 “A lei 9307/96 não prevê expressamente a confidencialidade como regra obrigatória, mas no rol dos deveres dos árbitros, o artigo 13, § 6º, prevê que o árbitro, no desempenho de sua função, deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. Também o artigo 189, IV, do Código de Processo Civil de 2015 prevê o segredo de justiça em processos que versem sobre arbitragem, inclusive sobre o cumprimento da carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.” (FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias. *Lei de arbitragem comentada*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, p.36).

40 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1588.

Destarte, conclui-se que os princípios da indisponibilidade do interesse público e publicidade não são obstáculos à adoção da arbitragem como meio de solução extrajudicial de controvérsias no âmbito das contratações regidas pela Lei 14.133/2021.

5.2 O processo de escolha dos árbitros

O art. 154 da Lei 14.133/2021 dispõe que o processo de escolha dos árbitros e dos colegiados arbitrais observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Logo, a indicação do árbitro ou tribunal arbitral deve ser fundada na especialização sobre a matéria a ser decidida pela arbitragem, experiência na administração de processos arbitrais com a Administração Pública e confiabilidade decorrente de sua idoneidade e competência.

Com efeito, trata-se de ato discricionário que traduz uma avaliação quanto à solução mais satisfatória e adequada.

Hodiernamente, os entes federativos, em regra, têm realizado o cadastramento de câmaras arbitrais, que consiste na criação de uma lista referencial das entidades que cumprem requisitos mínimos para serem indicadas para administrar procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública.

À guisa de exemplo, há o Decreto 10.025, de 20 de setembro de 2019⁴¹, que dispõe sobre a arbitragem, no âmbito do setor portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, para dirimir litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal e concessionários, subconcessionários, permissionários, arrendatários, autorizatários ou operadores portuários.

Importante destacar que o cadastramento de câmaras arbitrais, por si só, não caracteriza vínculo contratual entre a Administração Pública e as câmaras arbitrais cadastradas, tampouco gera qualquer direito subjetivo de escolha para a solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis no âmbito dos contratos administrativos celebrados.

6 CONCLUSÃO

O desafio deste trabalho foi discutir as condicionantes da adoção da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis no âmbito das contratações regidas pela Lei 14.133/2021.

Precedentemente a esse estudo, foi fundamental conceituar licitação, considerando a sua natureza jurídica e objetivo, e os contratos da Administração, cuja noção corresponde a um gênero que abrange as espécies contratos privados da Administração e contratos administrativos.

Assim, como a Lei 14.133/2021 atribui à licitação a natureza jurídica de processo administrativo e autoriza, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes,

41“Art. 10. O credenciamento da câmara arbitral será realizado pela Advocacia-Geral da União e dependerá do atendimento aos seguintes requisitos mínimos: I - estar em funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos; II - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e III - possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa. § 1º O credenciamento de que trata o *caput* consiste em cadastro das câmaras arbitrais para eventual indicação futura em convenções de arbitragem e não caracteriza vínculo contratual entre o Poder Público e as câmaras arbitrais credenciadas. § 2º A Advocacia-Geral da União disciplinará a forma de comprovação dos requisitos estabelecidos no *caput* e poderá estabelecer outros para o credenciamento das câmaras arbitrais. Art. 11. A convenção de arbitragem poderá estipular que a indicação da câmara arbitral que administrará o procedimento arbitral será feita pelo contratado, dentre as câmaras credenciadas na forma prevista no art. 10. § 1º A administração pública federal poderá, no prazo de quinze dias, manifestar objeção à câmara escolhida, hipótese em que a parte que solicitou a instauração da arbitragem indicará outra câmara credenciada, no prazo de quinze dias, contado da data da comunicação da objeção. § 2º A indicação da câmara arbitral escolhida e a sua eventual objeção serão feitas por correspondência dirigida à outra parte, ainda que a cláusula compromissória estabeleça que esta escolha será promovida logo após a celebração do contrato de parceria. § 3º A câmara arbitral indicada poderá ser substituída antes do início da arbitragem, desde que com a anuência de ambas as partes, independentemente da celebração de termo aditivo ao contrato de parceria.”

a modificação do encadeamento lógico dos seus atos administrativos, desenvolveu-se a concepção de que a licitação se trata de um instrumento para a realização concreta de resultados, consubstanciados na seleção da melhor proposta possível, observância do tratamento isonômico entre os licitantes e promoção da inovação e desenvolvimento nacional sustentável.

Analisou-se, outrossim, que os contratos da Administração, cuja noção corresponde a um gênero, são aqueles ajustes bilaterais em que a Administração Pública figura num dos polos da relação contratual.

Os contratos privados da Administração, primeira das espécies do gênero, são regulados pelo Direito Civil ou Empresarial, razão pela qual não são atribuídas, em regra, quaisquer prerrogativas à Administração.

Os contratos administrativos, segunda das espécies do gênero, são os contratos que sofrem a incidência de normas especiais de direito público, só se lhes aplicando supletivamente as normas de direito privado. Ademais, observou-se que os contratos administrativos de colaboração ou cooperação são ajustes normalmente bilaterais e comutativos, envolvendo compras, serviços, obras e alienações. Os contratos administrativos de delegação, por sua vez, são ajustes que versam sobre a delegação a particulares do exercício de atribuições administrativas, que desencadeiam relações jurídicas de direito público perante os administrados, mediante remuneração fundada em desempenho, e não necessariamente proveniente do erário.

Ademais, estudou-se que a arbitragem é uma vantajosa e adequada modalidade heterocompositiva para solucionar com definitividade litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, sem a participação do Estado-juíz. Assim, por meio de uma convenção de arbitragem, as partes atribuem ao árbitro ou ao tribunal arbitral a solução da controvérsia através de uma sentença arbitral, que produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo judicial.

A Lei 9.307/1996 reconheceu a jurisdicionalidade da atividade arbitral, o que se infere pela técnica legislativa empregada, que assegura a garantia do devido processo constitucional no desenvolvimento da arbitragem e a equiparação da sentença arbitral à sentença proferida pelo Estado-juíz. Além disso, essa lei privilegiou os princípios da manifestação da autonomia privada, competência-competência, contraditório, igualdade das partes, imparcialidade e livre convencimento do árbitro, todos caros à arbitragem.

Observou-se, igualmente, que a Lei de Arbitragem, em caráter genérico, e a Lei 14.133/2021, para as contratações por ela regidas, evidenciam a possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem como meio de solução extrajudicial de litígio relativo a direito patrimonial disponível.

Logo, inferiu-se que é possível o emprego da arbitragem para a solução extrajudicial de controvérsias relacionadas a bens e direitos subjetivos da Administração Pública, de dimensão patrimonial, que comportem renúncia, transação e alienação, desde que respeitados os limites determinados pelo ordenamento jurídico. De resto, a despeito de a confidencialidade da arbitragem ser a regra, percebeu-se que o processo arbitral em que a Administração Pública for parte terá de observar, necessariamente, o princípio da publicidade, cujo respeito restringir-se-á à Administração Pública.

Por derradeiro, especificamente nos termos da Lei 14.133/2021, estudou-se que a indicação do árbitro ou tribunal arbitral tratar-se-á de ato discricionário, fundada na especialização sobre a matéria a ser decidida pela arbitragem, experiência na administração de processos arbitrais com a Administração Pública e confiabilidade decorrente de sua idoneidade e competência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Políticas para aquisição de bens e contratação de obras financiadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento. Revisão BID-Brasil, 20 de janeiro de 2012. Disponível em: https://www.economia.go.gov.br/images/imagens_migradas/upload/arquivos/2017-11/politicas-bid-obras-e-bens--gn-2349-9--rev_-09-1.pdf. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 904.813 – PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 20 de outubro de 2011.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.) et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. *E-book*.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias. *Lei de arbitragem comentada*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

FIGUEIRA JR., Joel. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: lei 8.666/1993*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-Book*.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Recebido em: 18.07.2022

Aprovado em: 03.04.2023

Como citar este artigo (ABNT):

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; SILVA, Carlos Antonio Matos da. A arbitragem como meio de solução extrajudicial de controvérsias no âmbito das contratações regidas pela Lei 14.133/2021. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.48, p.75-94, set./dez. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/07/DIR48-04.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.