Da possibilidade de a administração pública celebrar compromisso arbitral em contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993 que estejam vigentes[[1]](#footnote-1)

*Newton Antônio Pinto Bordin[[2]](#footnote-2)*

Sumário: I. Introdução - II. A arbitragem na administração pública - III. Conclusão - IV. Referências bibliográficas

I. Introdução

A reforma na lei de licitações (Projeto de Lei nº 1.292/1995) deverá promover uma série de modernizações na forma de contratação pública, inclusive quanto à solução de controvérsias, na medida em que há dispositivos[[3]](#footnote-3) em que se estabelece, expressamente, a possibilidade de se fazer uso, *inter alia*, de arbitragem e de comitês de solução de disputas na hipótese de litígio entre as partes. Se, por um lado, essas medidas serão aplicáveis às contratações *futuras*, ocorridas sob o esse novel instituto; por outro, pode-se sustentar a existência amparo jurídico para que a administração pública estabeleça mecanismos alternativos para a solução de disputas nos *atuais* contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993. Neste ensaio, será abordada especificamente a possibilidade de celebração de compromisso arbitral[[4]](#footnote-4), em que pese a viabilidade de se estender a argumentação para, por meio de aditivo, inserir cláusula arbitral em contrato administrativo em execução; ou ainda para a utilização de outros meios de resolução de disputas.

II. A arbitragem na administração pública

 Importante precedente que deve ser invocado é o Recurso Especial 904.813/PR[[5]](#footnote-5), que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a validade de compromisso arbitral no âmbito de contrato administrativo, em que pese a ausência dessa previsão no edital do certame. Da perspectiva da Ministra-Relatora, a discussão acerca da manutenção do equilíbrio do contrato, em razão do viés patrimonial e disponível, permitiria a utilização da arbitragem na resolução da disputa. Desse modo, a ausência de previsão editalícia do recurso à arbitragem não configuraria tratamento anti-isonômico em relação aos demais licitantes, nem violação ao “caput” do art. 41 da Lei nº 8.666/1993[[6]](#footnote-6). Constou o seguinte da ementa[[7]](#footnote-7):

*PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.*

*(...)*

*5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.*

*6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.*

*7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.*

*8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.*

*9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral. (...)*

 O ordenamento jurídico brasileiro tem evoluído no sentido de possibilitar à administração pública maior acesso aos meios alternativos de resolução de conflitos, quando relacionados a direitos patrimoniais disponíveis. Nesse sentido, é importante destacar o advento da Lei nº 13.129/2015, que, muito além das mudanças promovidas na Lei de Arbitragem[[8]](#footnote-8), reconheceu a existência de direitos patrimoniais disponíveis tutelados pela administração pública[[9]](#footnote-9), a despeito da tradicional controvérsia doutrinária a respeito da temática[[10]](#footnote-10),[[11]](#footnote-11).

 Embora a Lei nº 13.129/2015 não tenha delimitado *quais* seriam os direitos patrimoniais disponíveis que estariam sob a tutela estatal, outros institutos passaram a disciplinar essa temática, como a Lei de Mediação e de Autocomposição de Conflitos[[12]](#footnote-12), a qual reconheceu a possibilidade de a administração pública compor com o particular em controvérsias relacionadas ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos *em geral*[[13]](#footnote-13). Nesse aspecto, trata-se de primeira previsão genérica de admissibilidade de utilização de alguns meios alternativos de resolução de disputas pela administração pública -- no caso, seria a autocomposição no âmbito das câmaras organizadas e mantidas pelo órgão de procuradoria jurídica do ente contratante, mas, enquanto estas não forem estabelecidas, haveria a possibilidade de se aplicar o procedimento de mediação estabelecido naquela lei[[14]](#footnote-14).

 A grande inovação em relação à utilização de meios alternativos de resolução de controvérsias no âmbito da administração pública ocorreu com o advento da Lei nº 13.448/2017, a qual tinha por finalidade precípua proporcionar a “relicitação” de concessões outorgadas no âmbito do governo federal. No âmbito das disposições finais da lei, o art. 31[[15]](#footnote-15) possibilitou à administração federal a celebração de compromissos arbitrais para os contratos de concessão relacionados a esse diploma normativo, fossem eles novos ou vigentes, desde que a controvérsia estivesse relacionada a direitos patrimoniais disponíveis.

 Ocorre que o §4º de referido art. 31 *exemplifica* direitos patrimoniais disponíveis que, em caso de controvérsia, seriam passíveis de análise no âmbito arbitral, veja-se:

*Art. 31. (...)*

*§ 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:*

*I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;*

*II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e*

*III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.*

 Em que pese o cuidado do legislador em buscar restringir as hipóteses de referido §4º aos contratos regidos por aquela lei, os institutos jurídicos não ficam estanques às normas por meio das quais foram instituídos. Dessa forma, há uma verdadeira enunciação, ainda que de modo exemplificativo, de quais direitos da administração pública seriam *patrimoniais[[16]](#footnote-16) e disponíveis*.

Em relação ao inciso I de mencionado dispositivo, trata-se, como visto acima, de previsão anteriormente contemplada pela legislação brasileira, com a diferença de que se passou a admitir a arbitragem para a solução de controvérsias relacionadas às temáticas atinentes à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos -- o que está em consonância com o aresto do STJ anteriormente referido.

 Mesmo o inciso II, em que pese a busca de que fosse aplicável somente aos contratos regidos por referida lei, poderia ser utilizado na resolução de controvérsias relacionadas à extinção de *outros* contratos administrativos, fundada que está a arbitragem na especialização do juízo e na eficiência da análise do caso concreto.

 No mais, o inciso III de referido §4º é demasiado amplo, para abarcar diversas formas de inadimplemento contratual como temática relacionada a direitos patrimoniais disponíveis da administração pública. Ora, está-se diante do reconhecimento de outra hipótese de *disponibilidade* de direito patrimonial sob a tutela da administração pública, não estando restrita apenas às situações de relicitação[[17]](#footnote-17).

 Nesse contexto, pode-se cogitar que o §4º do art. 31 da Lei nº 13.448/2017 representa verdadeira “norma geral” sobre direitos patrimoniais disponíveis da administração pública, lógica essa que atingiria os diversos instrumentos por meio dos quais o estado formaliza obrigações recíprocas com os particulares.

 Dessa forma, pode-se retomar o aresto referenciado como paradigma para a celebração de compromissos arbitrais pela administração pública, para utilizá-lo como fundamento para a utilização desse mecanismo alternativo de resolução de disputas *também nos contratos administrativos* regidos pela Lei nº 8.666/1993. Especialmente porque a evolução normativa passou a reconhecer e a exemplificar *quais* seriam os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública, passíveis de, em caso de conflito, serem submetidos à arbitragem -- e a outros meios alternativos de resolução de controvérsias. Além disso, a ausência de previsão no edital de licitação de utilização de arbitragem para dirimir conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis não representaria violação aos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento licitatório.

 Evidentemente que, da perspectiva da administração pública, a aquiescência com a celebração do compromisso arbitral deve ser motivada, especialmente para demonstrar a adequação da arbitragem e da qualificação técnica inerente a esse procedimento, para a resolução do litígio.

III. Conclusão

 As mudanças que o PL nº 1.292/1995 pretende implementar na lei de licitações incluem a possibilidade de utilização de arbitragem e de outros meios para a resolução de controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis sob a tutela da administração pública. Isso não obstante, o ordenamento jurídico brasileiro *já* apresenta possibilidade genérica para que se faça uso da arbitragem no âmbito das contratações públicas, por meio da celebração de compromissos arbitrais, com a apresentação de motivação adequada para isso, e que se restrinja a direitos patrimoniais disponíveis.

IV. Referências bibliográficas

Cahali, Francisco José Cahali. *Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Palma, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

Tácito, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres* (vol. III). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Talamini, Eduardo. “A (in)disponibilidade do interesse público”. *In*: Zaneti Jr., Hermes; Cabral, Trícia Navarro Xavier (Coords.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 275-298.

Zaneti Jr., Hermes; Cabral, Trícia Navarro Xavier (Coords.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2018.

1. Ensaio elaborado em junho/2019, submetido ao Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), mas não publicado. [↑](#footnote-ref-1)
2. Bacharel em Direito pela PUC/SP. Agente de Fiscalização lotado na Assessoria Jurídica de Controle Externo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM/SP). [↑](#footnote-ref-2)
3. Arts. 149 a 152. [↑](#footnote-ref-3)
4. Na distinção apresentada por Francisco José Cahali (2018, pág. 166), “*[e]nquanto a previsão da cláusula compromissória se faz em contrato, ou em documento próprio a ele reportado, cujo cumprimento se espera das partes, no compromisso o litígio já está presente, e diante dele as partes resolvem buscar a solução arbitral para preservar os direitos que entendem lesados. A cláusula pressupõe o vínculo contratual. Já o compromisso pode referir-se a relação conflituosa com origem em negócio ou em fato jurídico, sem ter sido necessariamente cogitada a arbitragem previamente ao nascimento do conflito…*” [↑](#footnote-ref-4)
5. Terceira turma; Rel. Min. Nancy Andrighi; julgamento em 20/10/2011; publicação em 28/02/2012. [↑](#footnote-ref-5)
6. *Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.* [↑](#footnote-ref-6)
7. A Turma denegou provimento ao Recurso à unanimidade. [↑](#footnote-ref-7)
8. Lei nº 9.307/1996. [↑](#footnote-ref-8)
9. Nesse aspecto, foi inserido o §1º ao art. 1º da Lei de Arbitragem, com os seguintes termos:

*Art. 1º (...)*

[*§ 1º*](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm#art1%C2%A71) *A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.* [↑](#footnote-ref-9)
10. Para Caio Tácito (2002), a possibilidade de arbitragem em aspectos relacionados à contraprestação financeira favoreceria às partes alcançarem a plena eficácia da relação contratual (v. pág. 87-88). [↑](#footnote-ref-10)
11. A respeito da mitigação dos “dogmas” da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, v. Juliana Bonacorsi de Palma (2015), especialmente pág. 166-188. [↑](#footnote-ref-11)
12. Lei nº 13.140/2015. [↑](#footnote-ref-12)
13. É o que estabelece o §5º do art. 32, *in verbis*:

*Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: (...)*

*§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.* [↑](#footnote-ref-13)
14. Trata-se da previsão constante do “caput” do art. 33 da Lei nº 13.140/2015, *in verbis*:

*Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.* [↑](#footnote-ref-14)
15. O “caput” e o §1º do art. 31 dessa lei estabelecem que:

*Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.*

*§ 1º Os contratos que não tenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no caput deste artigo.* [↑](#footnote-ref-15)
16. Eduardo Talamini (2018, pág. 290) entende que o aspecto da *patrimonialidade* do direito disponível é demasiado amplo, de modo que “*[o] interesse tem caráter patrimonial não apenas quando seu objeto diretamente se reveste de valor econômico. A patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico*”. [↑](#footnote-ref-16)
17. Entendimento diverso implicaria reconhecer que a disponibilidade ou que a indisponibilidade de um direito patrimonial depende da natureza *do contrato* celebrado pela administração pública -- e não da natureza *do próprio direito patrimonial* eventualmente violado. [↑](#footnote-ref-17)