

ARBITRAGEM NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Vitória Alves Cavalcante¹
Maydê Borges Beani Cardoso²

RESUMO: A arbitragem é uma forma alternativa de resolução de conflitos que tem sido utilizada desde a antiguidade como meio de resolver disputas. Ao longo da história, a prática da arbitragem evoluiu e se adaptou às necessidades da sociedade, consolidando-se como um mecanismo eficiente e confiável para a solução de litígios. A arbitragem nos contratos empresariais tem se mostrado uma opção cada vez mais vantajosa para as empresas, proporcionando soluções rápidas e especializadas, com garantias de confidencialidade e flexibilidade. Assim, o presente estudo analisará a aplicação da arbitragem nos contratos empresariais, trazendo o seu conceito, noções históricas e aplicação no ordenamento jurídico. Para alcançar o objetivo, utilizar-se-á, o método de pesquisa bibliográfica, com pesquisas em doutrinas, artigos especializados e legislações, com ênfase na Lei n.º 9.307/1996 (Lei de Arbitragem). Por fim, como resultado, espera-se demonstrar a importância da arbitragem nos contratos em geral, em especial nos contratos empresariais privados e públicos, visando a celeridade nas resoluções de conflitos.

Palavras-chave: Arbitragem. Contratos Empresariais. Públicos. Privados.

2122

ABSTRACT: Arbitration is an alternative form of dispute resolution that has been used since antiquity as a means of resolving disputes. Throughout history, the practice of arbitration has evolved and adapted to the needs of society, consolidating itself as an efficient and reliable mechanism for resolving disputes. Arbitration in business contracts has proven to be an increasingly advantageous option for companies, providing fast and specialized solutions, with guarantees of confidentiality and flexibility. Thus, this study will analyze the application of arbitration in business contracts, bringing its concept, historical notions and application in the legal system. To achieve the objective, the bibliographic research method will be used, with research in doctrines, specialized articles and legislation, with emphasis on Law n.º 9.307/1996 (Arbitration Law). Finally, as a result, it is expected to demonstrate the importance of arbitration in contracts in general, especially in private and public business contracts, aiming at speeding up conflict resolutions.

Keywords: Arbitration. Contracts. Commercial. Public. Private

¹Bacharelada em Direito, pela Universidade de Gurupi - UnirG,

² Orientadora e Docente do curso de Direito da Universidade de Gurupi- UnirG, graduada em Direito.

I. INTRODUÇÃO

De acordo com levantamento de dados do Portal em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), realizado em 2022, o Poder Judiciário acumula mais de 100 milhões de processos em tramitação. Uma das possíveis causas para esse grande número de casos, é a cultura jurídica do brasileiro, que tende a recorrer ao Judiciário para resolver conflitos de diversas naturezas, desde questões familiares até disputas empresariais, ocasionando uma grande demanda para o jurídico brasileiro.

Observa-se que este mecanismo de resolução de conflitos não é suficiente para satisfazer a pretensão dos interessados, pois apresenta fatores que impedem a eficácia do processo. Como por exemplo, a lentidão na tramitação de processos, o volume de demandas, além da onerosidade e da exigência.

Considerando este cenário, meios de resolução de conflitos não judiciais, são altamente valorizados, pois visam superar a ineficiência do sistema de justiça, ampliar o acesso à justiça e aumentar a velocidade de resolução de conflitos e o ônus do litígio. Dentre eles temos a arbitragem.

Luiz Antonio Scavone Junior conceitua a arbitragem como “o meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis através do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral”.

A história do direito registra a existência da prática da arbitragem desde a organização das mais remotas civilizações, que inclui sociedades sumérias, hebraicas, gregas e romanas. Estudar o desenvolvimento dessa lei permite fornecer uma base social, política, econômica e cultural que rege o comportamento dos conglomerados humanos. E também observar o motivo das mudanças periódicas na lei.

Cumprе salientar que a arbitragem não surgiu do nada. Ela é fruto de uma evolução normativa e legislativa que fomentou a aceitação e regulamentação da mesma no âmbito contratual, destacando tratados e convenções internacionais que influenciaram a prática arbitral.

No contexto brasileiro, a arbitragem está presente desde o período colonial, mas inicialmente não era considerada uma instituição de grande importância. No entanto, ao longo dos anos, as referências e reconhecimento da arbitragem foram crescendo. Observa-

se que, exceto pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil promulgada em 1891, todas as outras Constituições Federais do Brasil faziam alguma menção à arbitragem, mesmo que de forma implícita.

A arbitragem tem sido um método amplamente utilizado para solucionar controvérsias em contratos empresariais ao redor do mundo. Com a crescente complexidade das transações, a agilidade na resolução de conflitos tornou-se crucial para a continuidade dos negócios.

Nos complexos meandros das transações comerciais contemporâneas, a resolução eficiente e justa de disputas assume um papel central para a manutenção da estabilidade e confiabilidade das relações empresariais. A arbitragem pode fornecer soluções mais rápidas e técnicas para problemas de negócios mais complexos, aumentando assim o grau de certeza e previsibilidade do negócio. Por esta razão, atualmente, quase todos os grandes contratos empresariais aderem à arbitragem como meio de resolução de disputas que possam surgir.

Em suma, a arbitragem nos contratos empresariais se mostra como uma ferramenta valiosa para a promoção da segurança jurídica e o estímulo aos negócios, sendo uma opção que merece ser considerada pelas empresas na busca por soluções eficazes de resolução de disputas. Sendo assim, este trabalho é de suma importância para abordar as vantagens de sua utilização nos contratos empresariais.

2. ARBITRAGEM

2.1 A EVOLUÇÃO DESTE INSTITUTO NO BRASIL E SEU CONCEITO

A arbitragem é uma antiga forma de solução de conflitos fundada, no passado, na vontade das partes de submeter a decisão a um determinado sujeito que, de algum modo, exercia forte influência sobre elas, sendo, por isso, extremamente valorizadas suas decisões.

A evolução deste instituto, como já mencionado, é normativa e legislativa, podendo ser dividida em três fases: a fase pré-moderna, a fase moderna e a fase contemporânea. A fase pré-moderna abrange o período anterior ao século XX, quando a arbitragem era vista como um meio informal e voluntário de solução de controvérsias,

sem muita intervenção estatal. Nessa fase, os principais instrumentos jurídicos que regulavam a arbitragem eram os contratos de compromisso e as cláusulas compromissórias, que estabeleciam a vontade das partes de submeter suas disputas à arbitragem.

A fase moderna se inicia no século XX, com o surgimento de diversos tratados e convenções internacionais que visavam promover e harmonizar a arbitragem no cenário global. Esses instrumentos jurídicos buscavam garantir o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais em diferentes países, bem como estabelecer princípios e regras comuns para a condução dos procedimentos arbitrais.

Alguns exemplos desses instrumentos são: a Convenção de Genebra sobre Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927, a Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958, a Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961, a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975, e a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985.

A fase contemporânea se caracteriza pela consolidação e expansão da arbitragem no mundo, com o aumento do número e da diversidade dos casos submetidos à arbitragem, bem como o surgimento de novos desafios e tendências para a prática arbitral. Nessa fase, destacam-se os seguintes aspectos: a revisão e atualização dos instrumentos jurídicos existentes, como a Lei Modelo da UNCITRAL revisada em 2006; o desenvolvimento de normas e padrões éticos para os árbitros, como o Código de Ética da IBA para Árbitros Internacionais de 2014; o fortalecimento das instituições arbitrais, como a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (ICC), o Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos (ICSID), e o Centro Internacional de Arbitragem Comercial (ICCA); e a emergência de novas áreas e temas para a arbitragem, como a arbitragem ambiental, a arbitragem online, e a arbitragem relacionada à pandemia da COVID-19.

Assim, surge a arbitragem, figurando como árbitro o ancião ou o líder religioso da comunidade, que intervenha no conflito para resolvê-lo imperativamente. Atualmente, a arbitragem mantém as principais características de seus primeiros tempos, sendo uma forma alternativa de solução de conflitos fundada basicamente em quatro elementos: (i)

meio de solução de conflitos; (ii) autonomia privada das partes; (iii) terceiro imparcial com poder de decisão; e (iv) coisa julgada material.

De maneira breve, pode-se explicar esses elementos como:

(i) Meio de Solução de Conflitos: Esse elemento se refere à maneira pela qual as disputas legais são resolvidas. No contexto jurídico brasileiro, existem diversos meios de solução de conflitos, como a mediação, conciliação e arbitragem, além do próprio processo judicial.

(ii) Autonomia Privada das Partes: A autonomia privada das partes diz respeito à capacidade das partes envolvidas em um conflito de negociar e estipular as regras e os termos para a resolução desse conflito. Isso pode ser expresso por meio de contratos ou acordos prévios.

(iii) Terceiro Imparcial com Poder de Decisão: Esse elemento se relaciona à presença de um terceiro imparcial que tem a autoridade para tomar decisões sobre a disputa. Esse terceiro pode ser um juiz, árbitro ou mediador, dependendo do processo de resolução de conflitos escolhido pelas partes.

(iv) Coisa Julgada Material: A coisa julgada material ocorre quando uma decisão sobre um conflito é final e irrecorrível, ou seja, não pode ser contestada novamente pelas partes envolvidas. Isso garante a estabilidade e segurança das decisões judiciais.

A arbitragem é uma modalidade extrajudicial de resolução de conflito em que um árbitro, terceiro escolhido pelas partes, decide uma lide (KAMEL, 2017, p.26). O autor ainda destaca que ela é usada quando as partes não querem buscar a solução do impasse através do Poder Judiciário, optando pela resolução arbitral.

2126

Carmona (1998, p. 27) a conceitua como “uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.”

Ele ainda complementa ressaltando que “[...] a arbitragem é meio alternativo de solução de controvérsia tomando-se como referência o processo estatal - meio heterocompositivo por certo mais empregado para dirimir conflitos.” (CARMONA, 1998, p. 43)

Em estudo mais aprofundado acerca do tema, Cachapuz (2000, p. 27) estabelece o seguinte conceito de arbitragem:

É importante ressaltar que a Arbitragem é o meio de resolução de conflitos mais simples e objetiva, e os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso, e, via de regra, do mais alto quilate científico e respeitabilidade. (CACHAPUZ, 2000, P.27).

Henrique e Soares (2015) afirmam que por ser mais informal, a arbitragem se torna mais célere, e mais econômica do que os procedimentos judiciais vigentes. Os mesmos autores destacam sobre a informalidade, flexibilidade e celeridade que o procedimento proporciona

Esses atributos conferem às partes um julgamento seguro e rápido, sobretudo se confrontando com os atropelos verificados na jurisdição pública, que se forma por um exército de juízes com acúmulo de serviço, sem poder operacionalizar o direito dentro de um prazo razoável ressalta ainda Cachapuz (2000).

A informalidade é característica fundante do método de resolução de controvérsia pela arbitragem. Os árbitros poderão ser juristas ou não, bastando apenas possuir conhecimento nos assuntos sobre os quais se impõe a solução, serem capazes e ter a confiança das partes. Segundo Moore (1998, p. 23),

O resultado pode ser consultivo ou compulsório. A arbitragem pode ser conduzida por uma pessoa ou por um conselho de terceiras partes. O fator crítico é que elas sejam extremas ao relacionamento em conflito. A arbitragem é um processo privado em que os procedimentos, e frequentemente o resultado, não estão abertos ao escrutínio público. As pessoas em geral escolhem a arbitragem devido a sua natureza privada e também porque ela é mais informal, menos dispendiosa e mais rápida que um processo judicial. Na arbitragem, as partes quase sempre podem escolher seu próprio árbitro ou conselho de árbitros, o que lhes dá controle sobre a decisão do que se a terceira parte fosse indicada por uma autoridade ou agência externas.

Assim, a arbitragem, no Brasil, é regulamentada pela Lei 9.307/1996. É uma técnica extrajudicial de solução de conflitos, sendo privada e alternativa, nos casos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis, produzindo os mesmos efeitos que as sentenças judiciais, sendo muito eficaz quando se trata de questões específicas.

O alto valor das custas judiciais, a falta de segurança jurídica nas decisões e a dilação dos processos, além de afetar as partes, afeta o desenvolvimento econômico do país, visto que, conforme pesquisas de 2018, o Governo gasta mais de R\$ 90,8 bilhões, conforme relatório do “Justiça em Números-2018” estruturado pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), logo se fazendo necessário encontrar alternativas que dependam cada vez menos de intervenção estatal a arbitragem vem adquirindo cada vez mais espaço na sociedade, trazendo como benefício a celeridade em trazer soluções para as lides, o sigilo das decisões, a eleição pelas partes pelo tipo de arbitragem, a eleição da sede pelas partes, a eleição do direito processual material a ser aplicado, a redução e a internalização

dos custos, a resolução de litígios por um árbitro especializado na área e autonomia das partes que elegem os árbitros (AZEVEDO, 2012).

2.2 ARBITRAGEM NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

No que tange a arbitragem nos contratos empresariais, a origem etimológica do vocábulo contrato conduz ao vínculo jurídico das vontades com vistas a um objeto específico. O verbo *contrahere* conduz a *contractus*, que traz o sentido de ajuste, convenção ou pacto, sendo um acordo de vontades criador de direitos e obrigações. (MELLO, 2015).

É o acordo entre duas ou mais pessoas para um fim qualquer. É o trato em que duas ou mais pessoas assumem certos compromissos ou obrigações, ou asseguram entre si algum direito. Assim, contrato é o acordo de vontade entre duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar, transferir ou extinguir direitos (MELLO, 2015).

Tem-se na Teoria dos Contratos alguns princípios, como o da autonomia da vontade das partes, que se remete na liberdade contratual, ou seja, no poder de contratar, de escolher o tipo e o objeto do contrato e de dispor o conteúdo contratual, e acordo com os interesses a serem autorregulados.

No ordenamento jurídico brasileiro, os contratos são firmados, em regra, por forma livre, ou seja, as partes podem celebrar o contrato pela forma que acharem adequada, podendo ser escrito ou oral, público ou particular. A exceção é que a lei exija a forma escrita, pública ou particular para dar maior segurança e seriedade aos negócios jurídicos (MEIRELLES, 2015).

Os litígios envolvendo questões contratuais podem gerar custos elevados, desgaste nas relações empresariais e perda de oportunidades. Por isso, é importante buscar meios alternativos de solução de controvérsias, que sejam mais ágeis, eficientes e satisfatórios para as partes envolvidas.

O instituto da arbitragem é um dos meios de solução de conflitos, que consiste em um método privado e vinculante de solução de controvérsias, no qual as partes delegam a um árbitro ou a um tribunal arbitral a decisão sobre o caso. A arbitragem pode ser prevista no contrato ou acordada posteriormente pelas partes, e tem como vantagens a especialização do árbitro na matéria em disputa, a autonomia das partes na definição das

regras do procedimento, a celeridade na prolação da sentença e a eficácia da decisão, que tem força de título executivo.

Nos contratos também pode ser firmado cláusulas arbitrais onde, são definidas formas extrajudiciais de resolução de conflitos. Ricardo Santos (1997, p. 130-132) aponta como principais motivadores da inserção de cláusula contratual prevendo a solução de conflitos através de arbitragem, os seguintes:

- a) a desconfiança quanto à imparcialidade dos Judiciários quando uma das partes litigantes é estrangeira. Temor de o juízo estatal beneficiar a parte litigante com a mesma nacionalidade, em detrimento da estrangeira. A Arbitragem Internacional garantiria a imparcialidade da decisão e o tratamento equânime entre as partes, independentemente de suas nacionalidades;
- b) a quase sempre acentuada morosidade dos procedimentos estatais, atrelados a normas processuais positivas, que as partes, em regra, não podem alterar, ainda que de comum acordo. Respeitando os princípios da ordem pública, na arbitragem as partes têm liberdade para criar procedimento;
- c) o caráter confidencial da arbitragem. Conhecimento do litígio fica restrito às partes e ao árbitro, inexistindo publicidade no que tange às provas produzidas, ao valor econômico do conflito, à razão da disputa, aos reflexos econômicos da controvérsia. Citando José Carlos Magalhães: "... a confidencialidade cria atmosfera propícia à conciliação". No Judiciário, á segredo de justiça nos casos previstos em lei. Grandes empresas preferem a arbitragem em função desse item;
- d) a ideia de uma decisão proferida por experts na matéria, objeto do litígio. Importante em virtude da complexidade das relações comerciais internacionais;
- e) o fato do litígio decorrente do contrato internacional comercial ser arbitrado por pessoas ou órgãos escolhidos diretamente pelas partes em conflito, diferentemente da justiça estatal em que a competência está previamente estabelecida nas normas processuais. A autoridade dos árbitros no procedimento arbitral decorre da vontade das partes através da pactuação de cláusula contratual própria, prevendo a solução dos conflitos através da arbitragem, o que ressalta a característica contratual da arbitragem, fundamentada na autonomia da vontade;
- f) progressivo reconhecimento, pelos Judiciários, dos laudos arbitrais proferidos em território estrangeiro.

De maneira geral a arbitragem funciona nos contratos comerciais através de alguns procedimentos. Primeiramente temos a inclusão da Cláusula de Arbitragem, nessa primeira etapa ocorre a inclusão de uma cláusula de arbitragem no contrato comercial. Essa cláusula estabelecerá que, caso surja uma disputa entre as partes, ela será resolvida por meio da arbitragem. As cláusulas de arbitragem geralmente indicam o local da arbitragem, as regras que regerão o processo e como os árbitros serão selecionados.

Logo em seguida temos a escolha dos árbitros, onde as partes envolvidas no contrato geralmente têm o direito de escolher os árbitros que julgarão a disputa. Isso permite selecionar profissionais especializados na área em questão, o que pode levar a decisões mais informadas e imparciais.

Após a escolha do árbitro, iniciasse o processo da arbitragem, quando surge uma disputa, uma das partes inicia o processo de arbitragem, apresentando uma notificação formal à outra parte e ao árbitro ou instituição arbitral escolhido pelas partes. A notificação deve incluir os detalhes da disputa e os fundamentos legais.

Os procedimentos de arbitragem variam de acordo com as regras escolhidas pelas partes ou pela instituição arbitral. As partes apresentarão suas alegações e evidências perante os árbitros, que conduzirão audiências, revisarão documentos e argumentos, e finalmente emitirão uma decisão.

Da decisão arbitral, observa-se que após ouvir todas as evidências e argumentos das partes, os árbitros emitirão uma decisão conhecida como "sentença arbitral". Essa decisão é vinculante para as partes, assim como uma decisão judicial. Em muitos casos, a sentença arbitral não pode ser apelada, a menos que haja evidências de irregularidades significativas no processo.

2130

E por consequência, tem-se o cumprimento da decisão, uma vez emitida a sentença arbitral, as partes devem cumprir as determinações contidas nela. A sentença pode ser reconhecida e executada em tribunais nacionais, conforme as leis e tratados internacionais aplicáveis.

Por fim, é importante mencionar que o uso da arbitragem nos contratos empresariais é visualizado como a melhor maneira para escapar da morosidade da Justiça, brasileira ou internacional, de forma célere e inteligente, sobretudo pela especialidade dos árbitros envolvidos, que gera maior confiança na decisão proferida.

2.3 APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LEI Nº 13.129/15

A arbitragem é um método alternativo de solução de conflitos que pode ser utilizado nos contratos com a administração pública, desde que respeitados os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, publicidade, eficiência e interesse público.

Esses princípios garantem que a arbitragem seja conduzida de forma transparente, imparcial, célere e adequada às especificidades do caso concreto, sem prejuízo do controle social e jurisdicional sobre a atividade administrativa.

A Lei nº 13.129/15, também conhecida como Lei de Arbitragem aplicável à Administração Pública, trouxe importantes mudanças no cenário jurídico brasileiro ao permitir a utilização da arbitragem em contratos celebrados pela Administração Pública. Antes da promulgação desta lei, a arbitragem era comumente utilizada apenas em relações privadas. Com a sua entrada em vigor, a possibilidade de utilização da arbitragem foi estendida a contratos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública.

Como mencionado, a aplicabilidade da arbitragem nos contratos com a Administração Pública é pautada por alguns princípios fundamentais, importando demonstrar que: no Princípio da Autonomia da Vontade, as partes têm liberdade para estipular a arbitragem como meio de solução de conflitos em seus contratos com a Administração Pública. Esse princípio possibilita que as partes escolham a arbitragem como método alternativo de resolução de disputas. Já no Princípio da Imparcialidade e Igualdade, a arbitragem deve ser conduzida de maneira imparcial, garantindo que todas as partes sejam tratadas igualmente no processo. E por fim, no princípio do Contraditório e Ampla Defesa, que se assegura às partes o direito de apresentar suas argumentações e provas, garantindo um procedimento justo e equilibrado.

Deve ser observado alguns requisitos para que a arbitragem seja aplicável em contratos com a Administração Pública, a Lei nº 13.129/15 sendo estes, a previsão contratual expressa, ou seja, a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral devem estar expressamente previstos no contrato. Tem-se também a autorização legal, na qual existe a utilização da arbitragem devendo essa estar autorizada por lei específica para o órgão ou entidade da Administração Pública. E a Administração Pública como parte na Arbitragem, está pode atuar tanto como demandante quanto como demandada em procedimentos arbitrais. Isso significa que ela pode instaurar a arbitragem para defender seus interesses ou ser acionada por outras partes para participar do processo arbitral.

A lei 13.129/2015 modificou a lei de Arbitragem, acabando com a disputa sobre a possibilidade ou não da utilização da arbitragem na administração pública.

Logo no artigo 1º §1º dissera que: “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Resta, portanto, saber o que são direitos patrimoniais disponíveis. Muitos critérios têm sido apontados pela doutrina e jurisprudência e que podem ser assim resumidos:

- a) é possível usar a arbitragem quando se trata de ato de gestão (em que a Administração Pública atua sem o seu poder de império, ou seja, como se fosse um particular na gestão de seus negócios); nessa situação ela se iguala ao particular, ao contrário do que ocorre quando se trata de ato de império;
- b) o princípio da indisponibilidade do interesse público não se confunde com a ideia de direitos patrimoniais indisponíveis; o interesse público é sempre indisponível; os direitos patrimoniais podem ser disponíveis ou indisponíveis;
- c) é possível a arbitragem em relação aos serviços comerciais e industriais do Estado, ou seja, quando se trata de atividade econômica em sentido estrito, tal como entendeu o STJ no REsp 606.345/RS e 612.439/RS, em que foi Relator o Ministro João Otávio de Noronha;
- d) é possível a arbitragem nos atos negociais, em que a Administração Pública se iguala ao particular, porque age sem prerrogativas públicas;
- e) é possível nos contratos de direito privado firmados pela Administração Pública;
- f) é possível nas empresas estatais que exercem atividade econômica, com fundamento no artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, já que esse dispositivo prevê a sujeição dessas empresas ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. (PIETRO, 2018. p. 342).

Válido mencionar que antes dessa lei, algumas normas já previam a possibilidade de resolução de conflitos por mecanismos privados, uma vez que havia a omissão da Lei 8.666/93, destaca-se ainda que omissão não quer dizer proibição, ou seja, eram válidos a utilização destes mecanismos, como por exemplo artigo 23-A da Lei 8.987/95, do artigo II, III, Lei 11.079/04, dentre outras. (JUSTEN FILHO, 2015).

A arbitragem na administração pública representa, portanto, uma forma de heterocomposição de conflitos, uma vez que o conflito é decidido por terceiro, perito e imparcial (árbitro), baseado em acordo particular das partes envolvidas, e não em juiz estadual.

Além dos métodos tradicionais de resolução de disputas mencionados acima, também é possível citar os comitês de disputa, que foram pioneiros nos Estados Unidos na década de 1970 durante a construção do Túnel Eisenhower no Colorado.

A Comissão de Resolução de Litígios, também designada por Comissão de Resolução de Litígios, pode ser considerada um órgão colegial, normalmente composto por três peritos, nomeados pelas partes no momento da celebração do contrato, que tem por finalidade fiscalizar a sua execução, com poderes para fazer recomendações e/ou decisões, conforme o caso, sempre visando a solução de pendências e conflitos, principalmente na área societária e principalmente em contratos empresariais de longo prazo.

A utilização da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública tem sido objeto de discussões na doutrina e na jurisprudência. (MEIRELLES, 2015).

Primeira posição: impossibilidade de solução das controvérsias em contratos da Administração por meio da arbitragem. Os fundamentos, normalmente apontados, são os princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade. Não seria lícito ao particular (árbitro) decidir sobre o correto atendimento do interesse público inerente ao contrato da Administração, cabendo ao agente público a interpretação sobre a correta aplicação da lei. As divergências contratuais poderiam ser dirimidas na via judicial, em decorrência do princípio da inafastabilidade do controle judicial. (JUSTEN FILHO, 2015).

Segunda posição: a arbitragem deve ser considerada compatível com os contratos da Administração Pública. Nesse sentido (doutrina majoritária): Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Marcos Juruena Villela Souto, Caio Tácito, José dos Santos Carvalho Filho e STJ. (JUSTEN FILHO, 2015)

Entendemos que a arbitragem deve ser admitida nos contratos administrativos, uma vez que se trata de forma moderna de solução de lides que atende às exigências de eficiência administrativa (princípio da eficiência), notadamente pela velocidade e tecnicidade da decisão. Em relação aos contratos privados da Administração (ex.: contratos celebrados por empresas estatais, contratos de locação em que a Administração é locatária), não há óbice na utilização da arbitragem, posto que esses contratos se submetem, predominantemente, às normas de direito privado (art. 62, § 3.º, I, da Lei 8.666/1993). (PIETRO, 2018).

Outra norma inserida na Lei n.º 9.307/96 pela Lei n.º 13.129/15 é a que afasta a possibilidade de a arbitragem que envolva a Administração Pública ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

Terá que ser sempre de direito. O § 3º do artigo 2º, introduzido pela Lei n.º 13.129/15, assim determina: “§ 3º A arbitragem que envolva administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”. A norma tem fundamento no princípio da legalidade a que se submete a Administração Pública direta e indireta, por força do artigo 37, caput, da Constituição. Esse princípio exige submissão à lei. (MEIRELLES, 2015).

É relevante lembrar, contudo, que o princípio da legalidade, atualmente, é entendido em sentido restrito, para abranger as matérias em que a Constituição exige ato legislativo propriamente dito, e em sentido amplo, para abranger a submissão, não só à lei, mas aos atos normativos do Poder Executivo (Regulamentos) e da própria Administração Pública (Resoluções, Portarias, Instruções, Deliberações, dentre outros), além dos valores e princípios que decorrem expressa ou implicitamente da Constituição.

Assim, é grande o rol dos princípios aplicáveis à Administração Pública, como os previstos no artigo 37, caput, além de outros considerados implícitos na própria ideia de Estado de Direito, como os da razoabilidade, da segurança jurídica (inclusive sob o aspecto subjetivo da proteção à confiança), da motivação, do interesse público, entre outros. Não há dúvida de que os árbitros que decidam litígios envolvendo a Administração Pública não podem decidir com base na equidade, mas podem decidir com base nos princípios previstos no ordenamento jurídico, inseridos no conceito de Direito.

2134

Quanto aos contratos administrativos, a legislação tem admitido a arbitragem como forma de solução de controvérsias contratuais (ex.: art. 23-A da Lei 8.987/1995 e art. II, III, da Lei 11.079/2004). A legislação estabelece que a arbitragem deve ser realizada no Brasil e em língua portuguesa. A arbitragem, em todos os contratos da Administração, só pode dizer respeito às questões predominantemente patrimoniais ou técnicas (direitos disponíveis), não sendo possível ao árbitro decidir sobre o poder de autoridade do Estado. (PIETRO, 2018).

A tese defendida nas primeiras edições desta obra foi consagrada na Lei 13.129/2015, que alterou a Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), para estabelecer, de forma expressa, que a Administração Pública, direta e indireta, por meio da autoridade competente para realização de acordos e transações, poderá estabelecer convenção de arbitragem de direito (e não por equidade) para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, respeitado o princípio da publicidade (art. 1º, §§ 1º e 2º, e art. 2º, § 3º, da Lei 9.307/1996).

Registre-se que a instituição da arbitragem interrompe a prescrição desde a data do requerimento de sua instauração (prescrição retroativa), na forma do art. 19, § 2.º, da Lei 9.307/1996, alterado pela Lei 13.129/2015. (MEIRELLES, 2015).

Cabe mencionar, ainda, que, ao lado da arbitragem, a utilização da mediação e da autocomposição de conflitos na Administração Pública foi consagrada na Lei 13.140/2015, que, em seu art. 32, dispõe que os Entes federados poderão instituir câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, com competência para: a) dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública; b) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e c) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. (MEIRELLES, 2015).

A referida Lei prevê, por exemplo: a) mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos (art. 33, parágrafo único); b) a transação por adesão em controvérsias jurídicas pacificadas na jurisprudência do STF e dos tribunais superiores, bem como nos casos em que houver parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República (art. 35); c) dirimir controvérsia jurídica entre órgãos e entidades da Administração relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União (art. 38); e d) resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades reguladas ou supervisionadas por órgãos ou entidades administrativas (art. 43). (PIETRO, 2018).

2135

Por fim, a referida lei resolveu a controvérsia quanto ao cabimento ou não de cláusula compromissória nos contratos administrativos em geral.

Com efeito, o § 1º, introduzido no artigo 1º da Lei 9.307 pela Lei n.º 13.129, assim estabeleceu expressamente: “§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. (MEIRELLES, 2015).

Com essa norma, ficou clara a possibilidade de solução de disputas, pela Administração Pública, por meio de arbitragem. Mas deixou em aberto a dúvida quanto à expressão direitos patrimoniais disponíveis, que é, evidentemente, um conceito jurídico indeterminado, que já levantava dúvidas anteriormente e continua a levantá-las.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente estudo foi verificado que a arbitragem é um instituto de resolução de conflitos que se consolidou de maneira nacional e alcançou grande destaque.

Nos contratos empresariais onde as empresas trabalham dentro da lógica econômica, as custas judiciais e a morosidade do sistema judicial, está sendo gradualmente substituído por mecanismos alternativos para resolução de controvérsias, dentre este a arbitragem.

Quanto as vantagens do uso da arbitragem, não restam dúvidas, uma vez que esta mostra-se mais eficaz e célere, quando comparada ao Poder Judiciário, funcionando como um atenuante nos custos de transação empresarial entre os agentes econômicos, nos contratos empresariais.

REFERÊNCIAS

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Mercosul e Arbitragem Internacional Comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; e MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense 2022.