A UTILIZAÇÃO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM SUAS CONTRATAÇÕES E SUA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

ARTIGO ORIGINAL

NERY FILHO, Walmir de Gois[1], ZIMPEL, Douglas Maziero[2],

NERY FILHO, Walmir de Gois. ZIMPEL, Douglas Maziero. **A Utilização de mecanismos alternativos de resolução de disputas pela administração pública em suas contratações e sua evolução legislativa.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 09, Ed. 05, Vol. 02, pp. 23-45. Maio de 2024. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/evolucao-legislativa, DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/lei/evolucao-legislativa

RESUMO

Este artigo tem como objetivo realizar a análise da evolução entre a Lei 9.307/1996 e a Lei de licitações. Lei 14.133/2021, realizando uma retrospectiva legal sobre a vigência da Lei de Arbitragem, número 9.307/1996, e seu início, quando houve o início da permissão para que os agentes públicos pudessem iniciar o uso de mecanismos alternativos de resolução de disputas nos contratos públicos. Por meio de uma revisão de literatura, bem como, análise legal denota-se que a lei de licitação atual publicada em 2021 pode ser considerada um avanço nas disputas judiciais envolvendo obras públicas.

Palavras-chaves: Lei de arbitragem, Mediação, Conciliação, Lei 9.307/1996, Mecanismos alternativos de resolução de disputas.

1. INTRODUÇÃO

Muitos são os problemas que ocorrem sobre contratos públicos parados em razão de disputas judiciais, especialmente com apontamentos de possíveis erros e vícios desde a concepção, projeto, execução e até mesmo fruição, quando entregues. Grande parte desses contratos questionados são de obras públicas. Isso porque, apesar de todo o

aparato técnico estatal, muitas das vezes são enfrentadas dificuldades e adversidades quando iniciados os serviços, independentemente se de projeto ou execução.

O Estado, mesmo empregando profissionais com notório conhecimento técnico, ainda assim não consegue prever todas as variáveis que as obras envolvem, especialmente aquelas de grande vulto e monta. Dessa forma, quando publicados, os editais segundo legislação aplicável, apesar de haver a possibilidade de questionamentos e impugnações pelos interessados diretos e terceiros, muitas adversidades somente são reveladas ou descobertas quando do efetivo exercício prático.

Para que tais imbróglios sejam minimizados, deve-se reconhecer que o Congresso Nacional tem disposto em legislação tentativas de facilitar o encargo dos gestores públicos, especialmente no que diz respeito à expressa previsão para a prática de arbitragem como meio alternativo à solução de conflitos vivenciados pela administração pública. Privilegiado, portanto, o princípio da legalidade.

Assim, ao realizar uma análise sobre a evolução legislativa, especialmente com enfoque nas Leis no. 8.429/1992[3], 8.666/1993[4], 9.307/1996[5], 12.462/2011[6], 13.129/2015[7], 13.190/2015[8], 13.655/2018[9]; 13.874/2019[10], 14.133/2021[11], 14.230/2021[12] e Lei Complementar n. 182/2021[13], bem como a Constituição Federal e os princípios gerais da administração pública[14], nela previstos.

Como é cediço, os gestores públicos, também classificados como agentes políticos (Furtado, 2016), em sentido amplo, eleitos ou nomeados por aqueles que detém o cargo executivo máximo da circunscrição jurisdicionada, são cobrados para que executem com probidade e eficiência os recursos públicos. Ação de forma diversa é severamente punida pelos órgãos de controle, quase sempre resultando na responsabilização pessoal de ressarcir os valores aos cofres públicos, por expressa previsão constitucional[15].

Tais avanços permitem que o gestor exerça a sua função com mais segurança jurídica, sendo prestigiado e homenageado o princípio da legalidade, corolário de grande valia e com notória preponderância quando em ponderação com demais

princípios constitucionais, se diante de juízo para valoração de atos praticados por administrador público.

Noutra ponta, tem-se também como resultado uma administração mais dinâmica e eficiente, como será oportunamente destacado. Todavia, caso o administrado passe ao largo do que dispõe e autoriza as normas aplicáveis à espécie, muitas das vezes, deve ressarcir os cofres públicos. Sanção que quando imposta é imprescritível, pois "a discussão em torno da imprescritibilidade, ou não, das ações de ressarcimento ao erário foram muito debatidas pelo Tribunal de Contas da União. O assunto encontra-se hoje pacificado ante a apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal" (Furtado, 2016), conforme Tema de Repercussão Geral n. 897 do Supremo Tribunal Federal[16].

Feitos os esclarecimentos iniciais do objeto preponderante, que é a análise do arcabouço legislativo aplicável ao objeto em exame: arbitragem na administração pública; também pretende-se tecer um olhar crítico segundo técnicas de metodologia qualitativa por meio de referencial teórico e análise legal, bem como sua incorporação ao ordenamento vigente, realizando ainda, segundo uma construção interpretativa material e, pelas disposições normativas até então vigentes, passa a compor formalmente o ordenamento.

2. MEIOS ALTERNATIVOS PARA A SOLUÇÃO DE LITÍGIOS E SUA UTILIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dentre os meios alternativos para a solução de litígios existentes, há à mediação, conciliação e mais detidamente à arbitragem (Cahali, 2020). Os dois primeiros, tido por meios autocompositivos, por não haver o terceiro que decide pelas partes, não possuem indicação específica, dependerá da adequação à natureza do objeto em litígio, não há juízo de valor sobre instituto melhor ou pior (Bobbio, 1995).

Dentro do poder/dever de autotutela da administração pública, respeitada competência do agente e sem violação legal apta a mitigar a validade do negócio jurídico, seja pela natureza pessoal do ente público, seja pelas matérias do que se pretende dispor, é admissível o livre exercício pela administração da mediação e

conciliação, eis que estariam dentro do ambiente de conflito passível de auto regulamentação, e por consequente ,desde que obedecido o que dispõe o artigo 104, incisos I e II do Código Civil, é válido. Nesse sentido, destacam-se as palavras do Professor Lucas Rocha Furtado (Furtado, 2016):

> É absolutamente lícito aos órgãos e entidades públicos praticarem atos não disciplinados especificamente pelo Direito Administrativo. Se para a realização de suas atribuições, determinado órgão público necessita locar imóvel, fazer seguro de veículos, fazer a permuta de imóvel, etc. – desde que haja necessária previsão orçamentaria – é lícito a esse órgão utilizar-se do Direito Privado para disciplinar essas relações jurídicas.

Portanto, respeitada a disponibilidade do que se pretende rever e autotutelar, especialmente ante aos princípios da administração pública, é admissível a sua realização. Apenas a título de esclarecimento, aqui não se está a defender que é legítimo à administração dispor do interesse público primário, da coletividade[17], o que é vedado[18], mas sim é defensável e admissível que a bem do interesse público, a administração pode dispor e autotutelar aquilo que está dentro de sua disponibilidade [19] e capacidade legal.

Entendendo-se por capacidade negocial aquela definida por Hans Kelsen como: “o direito subjetivo- privado ou político - de um indivíduo são a sua “competência” no mesmo sentido em que o é a capacidade de certos indivíduos de fazer leis, proferir decisões judiciais ou tomar resoluções administrativas” (Furtado, 2016).

Nesse sentido, também é importante afirmar que “a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para realizar acordos ou transações” (Martins, 2021).

Ainda em observação aos princípios da administração pública, nesse momento o da publicidade[20], cumpre-nos ratificar o que dispõe a doutrina de forma unânime, que ressalvadas exceções (Cahali, 2020), as quais devem ser tratadas pontualmente, sem que haja ocultamento de todo o procedimento, mas tão somente de eventuais documentos. Sendo assim, quando presente a administração pública, o procedimento deverá ser dotado de mais ampla publicidade, destaca-se:

> O princípio da publicidade, por exemplo, requer a divulgação dos dados e informações constantes dos autos, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado, conforme dispõe o art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal. Com o objetivo de realizar o princípio da publicidade, o art. 93, X, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 45/04, dispõe que "as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública" (Furtado, 2016).

Portanto, nas palavras do professor Scavone Júnior, conclui-se que: o princípio da publicidade não permite que o sigilo seja imposto na arbitragem com a participação da Administração Pública (Scavone Junior, 2020).

Feitos os esclarecimentos necessários, e não se olvidando da existência da mediação e conciliação, como mecanismos válidos e compositivos dos meios alternativos à solução de conflitos pela administração, passamos a dar enfoque à arbitragem como integrante de tal grupo de possibilidades extrajudiciais de solução entre litigantes.

Indaga-se, nesse sentido, sobre a possibilidade de a administração pública proceder, ou não, com a realização de arbitragem.

Sobre o tema, com o fito de delimitar o marco temporal inicial da presente análise, impomos a partir de 23 de setembro de 1996, data de sanção da Lei n. 9.307, que dispõe sobre a arbitragem.

Sobre o instituto, apenas a título informativo e sem maiores delongas, a arbitragem antes da legislação específica, já era prevista no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no código civil de 1916 e no código de processo civil de 1973, tanto que a legislação específica de 1996 previu em seu artigo 44[21] a revogação das disposições sobre arbitragem contidas nos mencionados códigos.

Portanto, apesar do enfoque temporal do presente estudo, não há que se falar que somente a partir de 1996 que o instituto da arbitragem passou a existir no ordenamento jurídico brasileiro. Mas sim, a partir de 1996, respeitado o período de *vacatio legis*[22], que entra em vigor legislação especial.

ISSN: 2448-0959 https://www.nucleodoconhecimento.com.br

Fixado o marco temporal de início, passa-se a verificar a legitimidade subjetiva da pessoa jurídica de direito público para figurar como partícipe de um procedimento arbitral.

Apesar de nas próximas etapas da presente construção transparecer que o tema, métodos alternativos de resolução de controvérsia nos contratos públicos, é pouco complexo, ou que a matéria do ponto de vista jurídico-social já está pacificada, vale a pena registro do que consta nos Estudos da Associação Brasileira dos Sindicatos de Classe e Infraestrutura (BRASINFRA) acerta do tema, destaca-se:

> A previsão não tem correspondência na Lei nº 8.666/93. Afinal de contas, a primeira legislação específica sobre arbitragem no Brasil somente veio em 1996 (Lei Federal nº 9.307).
>
> Àquele tempo, no entanto, inúmeros eram os questionamentos se seria possível à Administração Pública fazer uso dessa e se poderia transigir sobre seus direitos, com franca cultura do pensamento de indisponibilidade de todo e qualquer interesse público.
>
> Apenas posteriormente se evoluiu à compreensão de que parte dos direitos e vivências da Administração Pública é transacionável, especialmente a que diz respeito às suas relações contratuais (Brasinfra, 2022).

Como se vê do excerto dos estudos enfrentados pela BRASINFRA, a dúvida é elemento cogente no que diz respeito à viabilidade, ou não, com inquestionável segurança jurídica na utilização de arbitragem nos contratos públicos, quando editados com base na lei de licitações. Portanto, o tema é elemento sensível e cotidiano àqueles que mantém relação contratual com a administração pública.

2.1 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA COMO MEIO DE PERMISSÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA A SOLUÇÃO DE LITÍGIOS VIA MEIOS ALTERNATIVOS

Para fins de obediência à lei de licitações em vigência (Brasil, 1993), não há distinção se o sujeito contratante é integrante da administração pública direta ou indireta, ou

ainda entidades controladas direta ou indiretamente por um dos entes federativos, conforme dispõem os artigos 1º, parágrafo único e 6º, inciso XI[23] da referida norma.

Com a edição de norma específica, a partir da Lei n. 13.303/2016, conforme seu artigo 1º, empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista dos entes federativos, passaram a ter regramento próprio.

A Lei n. 14.133/2021, adiante sempre tratada como nova lei de licitações, não revogou o disposto na Lei n. 13.303/2016, sendo a nova norma aplicável as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias somente no que dispõe sobre os crimes em licitações e contratos administrativos, conforme seu artigo 1º, § 1º[24].

Adicionalmente, no âmbito dos contratos envolvendo empresas públicas e sociedades de economia mista, nenhuma dúvida paira e os seus conflitos podem ser dirimidos pela via arbitral, desde que desempenhem atividade econômica, sobretudo porque, nessa condição, equiparam-se às empresas privadas[47], conforme previsto nos artigos 40[25] e 41[26] do Código Civil.

Nesses casos, há tempos a jurisprudência é estabilizada, conforme consta de didático voto do Ministro Luiz Fux, no MS 11.308, a época em exercício no Superior Tribunal de Justiça.

Já a lei 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão, em seu artigo 23, inciso XV, admite a utilização do modo amigável de solução das divergências contratuais, sendo que, para o caso em espécie, o Tribunal de Contas da União entende que a adoção de mecanismos não usuais, como o comitê de resolução de demandas que será pontualmente tratado, depende de prévia regulamentação pelo órgão, conforme consta dos acórdãos TCU ns. 4037/2020 e 1769/2021, ambos do plenário.

No que diz respeito às parcerias público privadas, conforme Lei 11.079/2004, é possível o uso da arbitragem.[27] Sob a regulamentação prévia à nova lei de licitações, destaca-se aquelas relações em que estejam presentes pessoas jurídicas de direito público, a arbitragem poderá ser utilizada para a solução de conflitos que

tenham característica privada, ou seja, "aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado"(§ 3°, inciso I, do art. 62, da Lei 8.666/1993) (Scavone Junior, 2020).

Como se vê, até a edição da Lei n. 13.129/2015, eram esses os temas que possuíam expresso tratamento legislativo permissivo à realização de arbitragem, em se tratando de pessoas jurídicas da administração pública.

A partir de 2015, o §1º, do art. 1º, da Lei de Arbitragem passou a dispor expressamente que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, além de dispor em vários aspectos formais e materiais.

Fato esse que foi muito bem recebido por doutrinadores já consagrados, que há muito já militavam na seara do direito arbitral, como é o caso do Professor Cahali, cujas palavras destacamos:

> Enfim, esta e outras palpitantes questões para debate devem surgir, pois com a reforma de 2015, a arbitragem envolvendo a Administração Pública rompe as barreiras do preconceito até então em parte existente, e certamente ganhará maior espaço e mais destaque como importante instrumento de resolução de conflitos, com expectativa de impactar positivamente nos contratos celebrados com os Entes Públicos, tanto em relação ao preço como em relação ao seu mais estável cumprimento, tendo em vista inclusive, a celeridade nos julgamentos (Cahali, 2020).

Também em 2015, destaca-se a edição do código de processo civil atual, que manteve disposição que a existência de convenção arbitral impõe a extinção do feito judicial sem a resolução do mérito, conforme inciso VII, do artigo 485 do código de processo civil.

Ainda em 2015, sobremesa notar o contido na Lei 12.462/2011, introduzido pela Lei 13.190, de 19 de novembro de 2015, que adicionou o artigo 44-A[28] à norma de 2011 que, por sua vez, institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

ISSN: 2448-0959 https://www.nucleodoconhecimento.com.br

Sendo assim, até a edição da Lei n. 14.133/2021, essas eram as normas de maior relevância que dispunham sobre a possibilidade de a administração adotar meios alternativos para resolução de disputas.

3. A LEI N. 14.133/2021 E SUA EXPRESSA AUTORIZAÇÃO PARA A ADOÇÃO DE MEIOS ALTERNATIVOS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Àqueles que exercem função pública e prezam pela legalidade formal estrita, ante aos mais diversos tipos de questionamentos que estão sujeitos, festejaram os artigos 151 a 154 da nova lei de licitações, destaca-se:

> CAPÍTULO XII
>
> DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS
>
> 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 (Brasil, 2021).

Como se verifica, o legislador faculta a utilização de meios alternativos para prevenção e a resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Figura até então não tratada no presente trabalho, o comitê de resolução de disputas, chamado na literatura estrangeira de dispute boards, ou dispute resolutions boards, é definido pelo Professor Cahali como:

> É um: comitê de especialistas independentes para acompanhar a execução de um contrato de longa duração ou de execução diferida. O conselho cria-se geralmente no início do contrato, e se mantém durante todo o período da relação contratual. Além de reuniões rotineiras para verificação do desenvolvimento do contrato, o comitê pode ser provocado por qualquer das partes quando surgirem conflitos (aliás, naturais em vínculos prolongados). Assim, o comitê pode avaliar e apreciar controvérsias em momentos distintos, apresentando as conclusões que entender corretas, mas sempre com a perspectiva de preservar o relacionamento sadio entre os envolvidos, para a continuidade no cumprimento das obrigações pactuadas (Cahali, 2020).

Ou ainda como diz Claudia Elisabete Schwerz Cahali:

> Os disputes resolution boards são comitês ou conselhos técnicos instituídos, em geral, por ocasião da celebração do contrato para acompanhar a sua execução com a finalidade de resolver conflitos e evitar que se transformem em litígios e prejudiquem o cumprimento das obrigações contratuais. Trata-se de meio alternativo de solução de conflito muito utilizado na construção civil e nos contratos de longo prazo ou de execução diferida (Cahali, 2013).

Constata-se, portanto, além das metodologias já tratadas, a autorização legislativa expressa para a instituição de comitês de resolução de disputas pela administração.

E qual a sua vantagem imediata?

Além de se tratar de um procedimento que está adstrito ao juízo arbitral o que, via de regra, é muito mais célere, ele é composto por membros que são técnicos, e, como é de conhecimento daqueles que possuem familiaridade com a arbitragem entre particulares, o dispute board é prática já há muito experimentada nos contratos

especialmente na construção civil e nos contratos de longo prazo ou de execução diferida, conforme destacado na citação de Claudia Cahali.

A sistemática se mostra muito eficaz e célere.

Enquanto uma tutela cautelar de urgência a ser concedida em sede do código de processo civil necessita da admissibilidade processual, nomeação de perito, e todos os imbróglios práticos, tais como aceite de nomeação pelo perito; fixação de honorários, apresentação de quesitos entre outros.

No comitê de resolução de disputas, além do acompanhamento com periodicidade por esse corpo técnico isento, em caso de dúvida de uma das partes sobre a interpretação e/ou forma de execução do contrato do ponto de vista técnico, já há a comissão pré-estabelecida e que tem ciência de toda evolução contratual.

Qual anseio como cidadão que anseio pelos bons resultados e uma administração eficiente? A expectativa de que em um futuro próximo tenhamos menos manchetes sobre obras paradas[29], ou em discussão judicial para dirimir possíveis dúvidas ou responsabilidade por erros identificados no curso do cumprimento contratual.

Além da rapidez, economicamente a metodologia desonera a discussão, pois evita custos indiretos como desmobilização e remobilização de obra, custos com manutenção em razão da obra estar parada aguardando um desfecho judicial, que, a depender do caso, sequer é instruído por profissional técnico que detém elevado know-how sobre o assunto.

Aqui, foi utilizado o exemplo da construção civil, mas o raciocínio é permeável para toda e qualquer relação jurídica de longa duração ou de execução diferida que tenha como objeto características técnicas.

Ainda em se tratando de raciocínio, é notável que a funcionalidade em questão é, em verdade, aplicação prática de metodologias ágeis[30], as quais são amplamente empregadas em organizações inovadoras.

Ou seja, a incorporação em questão, além de admissão conceitual pelo ordenamento jurídico, é permissiva para que haja fuga prática da tradicional e pejorativa burocracia estatal, valendo-se de medidas executadas em larga escala no mercado privado, especialmente quando se diz: errar rápido, corrigir rápido; ou errar rápido, errar barato; linguajar corriqueiro nas *startups*.

Dessa vez, o resultado da regulamentação é diametralmente oposto daquele descrita por Lorruane Matuszewski Machado e Jonathan Barros Vita em Regulação dos Negócios Jurídicos Civis na Era da Informatização e uma Nova Perspectiva acerca da Função Social Contratual sob a Ótica do *Law and Economics.*

Isso porque, além de não se mostrar excessiva, prima facie, é, em verdade, essencial, pois introduziu autorização expressa para tal prática pelos gestores públicos.

A expectativa lançada encontra amparo nas palavras de Cassio Telles Ferreira Neto, em citação trazida pelo Professor Cahali (2020):

> Como se vê, a utilização da arbitragem para dirimir conflitos de Direito Patrimonial disponível, oriundos das relações entre o particular e o Estado, constitui hoje a etapa mais avançada da tendência de modernização da Administração Pública, pelo que deve ser creditada e incentivada, por se constituir em um eficiente instrumento de desenvolvimento para o País".

A inovação legislativa trazida em 2021 pelo Congresso Nacional é fonte de esperança para que haja redução nas manchetes jornalísticas sobre discussões judiciais intermináveis sobre contratos públicos de longa duração ou de execução diferida, especialmente os de obras públicas.

A nova lei de licitações traz incalculável conforto àqueles gestores públicos que se pautam pela primazia da legalidade estrita.

Muito além desse espectro formal, sob a ótica material, o infinito de possibilidades permitirá que o gestor cauteloso adote metodologias práticas que permitem uma gestão ágil e com notória especialidade técnica.

ISSN: 2448-0959 https://www.nucleodoconhecimento.com.br

Certos também que a lei de licitações, quanto aos seus artigos 151 a 154, não é o ponto final sobre as necessárias disposições legislativas, que devem ampliar o tratamento e permissões para o avanço sócio administrativos, especialmente àqueles pautados em novas tecnologias e formas de relação social.

4. CONCLUSÃO

Certos de que temas ainda mais intrigantes e de infinidade exponencial de abordagem, especialmente quanto ao desconhecimento do homem médio sobre a verdadeira realidade tecnológica em que estamos, permitem nos dizer que a legislação está há alguns passos atrás das relações humanas (BBC, s.d.).

Discussões como essa: como um "juiz-robô" apreciaria a aplicação de leis nazistas se fosse ele mesmo programado por nazistas?[45], exigem leitura e reflexão (Barbosa, 1999, p.32)[31] acurada para a solução dos conflitos decorrentes, enquanto o legislador não prevê tais hipóteses ou condições no ordenamento.

Já para as relações contratuais ordinárias experimentadas entre administração pública e prestadores de serviços, a expressa permissão trazida pela nova lei de licitações para a prática de arbitragem, além de trazer segurança e estabilidade à jurídica, trunfo jurídico aos gestores públicos, também promete trazer mais previsibilidade e agilidade àqueles que contratam e, indiretamente, à população, que se beneficia com resultados positivos e mais céleres.

Impende salientar, todavia, que o tema ainda passará por testes, visto que a sua utilização é mais presente em contratos de grande vulto e de rigorosa tecnicidade, haja vista que há um custo para a manutenção de todo esse aparato.

Dentre os principais desafios lançados destacam-se as formas para fixação de escolha e remuneração desses árbitros e/ou membros de colegiados, uma vez que dado o notório conhecimento e elevada especialização quase sempre permitem a e sua escolha segundo inexigibilidade do processo licitatório, ato esse que é tomado a partir de elementos extrínsecos do eleito, mas por muitos qualificado como juízo subjetivo e discricionário da autoridade contratante.

Portanto, a nova lei de licitações, no que diz respeito a prática e utilização de mecanismos alternativos de resolução de disputas em licitações, apesar de não ser conclusiva, visto que permanecem arestas passíveis de questionamentos e interpretações, apresenta notável evolução ao ponto de permitir de forma expressa a utilização do procedimento arbitral de forma indistinta, independente da natureza jurídica do contratado, da forma contratual ou seu objeto, desde que respeitados, por óbvio, os critérios e elementos fáticos-jurídicos mínimos que autorizam a realização do procedimento arbitral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBUD, André A. C.; LEVY, Daniel; ALVES, Rafael F. **Lei de arbitragem anotada – A jurisprudência do STF e do STJ**. 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** Rio de Janeiro: Forense- 4ª Ed. 2017.

AGRAWAL, Ajay; GANS, Joshua; GOLDFARB, Avi. **Prediction Machines**. 1ª Ed. Boston, Massachusetts: Harvard Business School Publishing. Edição do Kindle.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999.

BBC. Brasil News. **O engenheiro do Google afastado por dizer que inteligência artificial da empresa ganhou consciência própria**. BBC, [s.d.]. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-61798044 . Acesso em: 18 dez. 2022.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, sociedade:** por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto n 10.025, de 20 de setembro de 2019**. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5

de junho de 2017. Disponivel em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 182 de 1º de junho de 2021**. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 23 dez 2022.

BRASIL. **Lei n 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponivel em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n 13.129, de 26 de maio de 2015.** Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n 13.190, de 19 de novembro de 2015**. Altera as Leis n º 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13190.htm. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 11.308**. Impetrante: TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A. Impetrado: Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. Acórdão 09/04/2008. D.J.E. 19/05/2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=757412&num_registro=200502127630&data=20080519&formato=PDF. Acesso em: 08 jan. 2023.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 904.813**. Recorrente: Companhia Paranaense de Gás Natural - COMPAGAS. Recorrido: Consórcio Carioca Passarelli. Acórdão 20/10/2011. D.J.E. 28/02/2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099244&num_registro=200600381112&data=20120228&formato=PDF. Acesso em: 08 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 018.901/2020-4**. Interessados: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT; e Empresa de Planejamento e Logística S.A. Acórdão 08/12/2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2437227%22. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 028.116/2020-8**. Interessados: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT; e Empresa de Planejamento e Logística S.A. Acórdão 28/07/2021. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=759595. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASINFRA. **Estudos associação brasileira dos sindicatos e associações de classe de infraestrutura.** A infraestrutura brasileira perante a Nova Lei de Licitações e Contratos. Brasília: Brasinfra, 2022.

CAHALI, Claudia Elisabete Schwerz. **O Gerenciamento de Processos Judiciais em busca da efetividade da prestação jurisdicional.** Editora Gazeta Jurídica, Brasília: 2013. p. 82.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem:** mediação: conciliação: tribunal multiportas. 8ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo. Thompson Reuters Brasil. 2020.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. Ed. Saraiva. São Paulo, 2011. 2ª Edição. Pp. 101-164.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19a Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Contratos administrativos e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.78.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem na Administração Pública:** estudo de caso sobre a eficiência do instituto nas parcerias público-privadas do Estado de São Paulo. 2017. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27112020-034953/pt-br.php. Acesso em: 23 dez. 2022.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito:** introdução à problemática jurídico-científica / Hans Kelsen ; tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Tradução de Reine Rechtslehre. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. Edição do Kindle.

MACHADO, Lorruane Matuszewski; VITA, Jonathan Barros. Regulação dos Negócios Jurídicos Civis na Era da Informatização e uma Nova Perspectiva acerca da Função Social Contratual sob a Ótica do Law and Economics. **Economic Analysis of Law Review**. V. 12, nº 3, p. 94-119, Set-Dez, 2021. Brasília: Universidade Católicade Brasília - UCB

MARIN, Jorge. **Google:** funcionário afirma que IA tem alma e é afastado. Via nexpetrs, 2022. Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/software/240240-google-funcionario-afirma-ia-tem-alma-afastado.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

MARTINS, José Celso. **Arbitragem e mediação – conceitos e práticas**. 1ª. Ed. São Paulo: Amélie Editorial. 2021.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **A arbitragem e o novo código de processo civil**. Gomes de Mattos, 2002. Disponível em: http://gomesdemattos.com.br/wp-content/uploads/2016/08/AArbitragemeonovoCPC.pdf. Acesso em: 05 jan. 2023.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Contrato administrativo e a lei de arbitragem**. Gomes de Mattos, 2016. Disponível em: http://gomesdemattos.com.br/wp-content/uploads/2016/04/2002_o_contrato_administrativo_e_a_lei_de_arbitragem.pdf. Acesso em: 05 jan. 2023.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O poder público e a arbitragem diante das alterações da lei 9.307/96**. Gomes de Mattos, 2016. Disponível em: http://gomesdemattos.com.br/wp-content/uploads/2016/08/OPoderPublicoeaArbitragem.pdf. Acesso em: 05 jan. 2023.

NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo – A história da advocacia e sua contribuição para a humanidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem, Mediação, Conciliação e Negociação**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11a edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TIKU, Nitasha. **The Google engineer who thinks the company's AI has come to life. Washington, Estados Unidos da América:** The Washignton Post Journal. Washington post, 2022. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/technology/2022/06/11/google-ai-lamda-blake-lemoine/. Acesso em: 18 dez. 2022.

WAENGERTNER, Pedro. **A estratégia da inovação radical**. São Paulo: Editora Gente. 2018. Edição do Kindle.

APÊNDICE - NOTA DE RODAPÉ

3. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências.

4. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

5. Dispõe sobre a arbitragem.

6. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

7. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

8. Altera as Leis nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.

9. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

10. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado.

11. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

12. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa.

13. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador.

14. 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.

15. Art. 37, § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

16. RE 852475.

17. “prevalece sempre, porém a ressalva de certos direitos ou relações nas quais o Estado aparece no exercício do imperium que lhe é próprio, figurando os indivíduos em uma situação de sujeição aos atos da autoridade. Nestes casos, sendo indisponível o direito do Estado, exclui-se a arbitragem, não em direta contemplação da presença de ente estatal, mas em razão do objeto do litígio (inarbitrabilidade objetiva – CC, art. 104, inc. II)” DINAMARCO, Cândido Rangel. Apud CAHALI, Francisco José. p. 460.

18. Como o anterior, não é expresso, formando com ele as duas grandes colunas do Direito Administrativo. Os interesses públicos são inapropriáveis. O titular do órgão administrativo incumbido de representá-los não tem poder de disposição, havendo de geri-los na mais estreita conformidade do que preceitua a lei. A disponibilidade dos interesses públicos está permanentemente retida no âmbito do Estado, que a manipula de modo soberano, exercitando sua função legislativa. CARVALHO, Paulo de Barros. p. 216.

19. “as cláusulas que impliquem em remissão, transação ou renúncia de direitos de conteúdo público, como as relativas ao exercício do poder de polícia, do poder impositivo, das bases das tarifas, da disposição do domínio público, de controlar a prestação dos serviços concedidos não são admitidos no Juízo Arbitral, por serem enquadrados como direitos indisponíveis e como tal insuscetível da solução extrajudicial.” MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato administrativo e a lei de arbitragem.

20. 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.

21. Art. 44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.

22. Art. 43. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação. [ocorrida em 23/09/1996].

23. Art. 1º - Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 6º – Para os fins desta Lei, considera-se: (...) XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

24. § 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei.”

25. Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

26. Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

27. c) na parceria público-privada, regida pela Lei 11.079/2004, dúvidas não restam sobre a possibilidade de convenção de arbitragem, a teor do art. 11, II, da referida norma que disciplina o assunto: "O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3° e 4° do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. (pp. 59/60).

28. Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados.

29. (1) https://www.tce.sp.gov.br/6524-mais-r-25-bilhoes-ja-foram-gastos-obras-paradas-ou-atrasadas-estado (2) https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/geral/audio/2021-11/tribunal-de-contas-encontra-r-14-bilhao-em-140-obras-paradas-em-sp#:~:text=Publicado%20em%2008%2F11%2F2021,bilh%C3%A3o%20em%20140%20obras%20paralisadas.

30. Aprender rapidamente é o mantra de uma organização com gestão ágil. Trata-se de errar rápido e barato. Ao fazer isso, o principal benefício é aprender muito mais rápido do que o resto do mercado. WAENGERTNER, Pedro. (p.70).

31. Vulgar é o ler, raro é refletir (BARBOSA, Ruy. p.32).

Material recebido: 23 de março de 2023.

Material aprovado pelos pares: 8 de abril de 2024.

Material editado aprovado pelos autores: 9 de abril de 2024.

ISSN: 2448-0959 https://www.nucleodoconhecimento.com.br

[1] Mestrando em Arbitragem e Mediação, Pós-graduado em Direito Tributário, Graduado em Direito. ORCID: https://orcid.org/0009-0003-7095-6788. Currículo Lattes: https://lattes.cnpq.br/2757213946632555.
[2] Mestrando em Arbitragem e Mediação, Pós-graduado em Direito Imobiliário Processual e Material, Graduado em Direito. ORCID: https://orcid.org/0009-0006-9116-0043. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3514228935723897.