

Uma análise do (Art. 496 da Lei 13.105 de 2015) sob a óptica da indisponibilidade do interesse público nas soluções extrajudiciais de conflitos (arbitragem) quando envolver a administração pública

An analysis of (Art. 496 of Law 13.105 of 2015) under the optics of the indisponibility of the public interest in extrajudicial solutions of conflicts (arbitration) when involving the public administration

DOI:10.34117/bjdv8n10-167

Recebimento dos originais: 12/09/2022

Aceitação para publicação: 14/10/2022

Rosilmar Targino Trede

Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD)

Instituição: Cartório do 1º Ofício de Pancas

Endereço: Rua Pichara Brandão Sily, 278, Sala 2, Centro, Pancas - ES,

CEP: 29750-000

E-mail: targino.trede@hotmail.com

Leonardo Augusto de Oliveira Rangel

Doutorando em Educação pela Universidad Columbia – PY

Instituição: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

Endereço: Rua Melchíades Félix de Souza, Nº 200, Serramar, Itapemirim - ES,

CEP: 29330-000

E-mail: larangel123@gmail.com

RESUMO

Este trabalho tem por premissa maior realizar uma análise do princípio da indisponibilidade do interesse público da administração quando da opção pelo procedimento da arbitragem para solução de seus conflitos, tudo em cotejo com o disposto no artigo 496 da Lei 13.105 de 2015, para, assim, verificar a viabilidade ou não da adoção daqueles limites como baliza para submissão dos litígios administrativos ao procedimento de solução extrajudicial da Arbitragem. Para uma melhor compreensão, também foi realizada uma breve visita aos princípios que regulamentam a atuação da administração pública com especial atenção ao princípio da indisponibilidade do direito público, para ao final concluir pela possibilidade ou não da adesão dos patamares contidos artigo 496 da Lei 13.105 de 2015, como limitadores daqueles procedimentos, tudo em prestígio indisponibilidade do interesse público. Para elaboração deste trabalho foi realizada uma visita às origens do Direito administrativo, assim, apresentando o seu conceito e suas escolas influenciadoras. No desenvolvimento foi adotado o método de pesquisa bibliográfico, com visita a textos de lei bem como a obra de renomados doutrinadores do direito, abaixo apresentados.

Palavras-chave: arbitragem, administração pública, remessa necessária, interesse público.

ABSTRACT

The major premise of this work is to conduct an analysis of the principle of public interest unavailability of the administration when opting for the arbitration procedure to solve their conflicts, all in comparison with the provisions of Article 496 of Law 13.105 of 2015, to thus verify the feasibility or otherwise of the adoption of those limits as a benchmark for submission of administrative disputes to the extrajudicial solution procedure of Arbitration. For a better understanding, a brief visit was also made to the principles that regulate the performance of the public administration with special attention to the principle of unavailability of public law, to finally conclude the possibility or not of adherence of the thresholds contained in article 496 of Law 13.105 of 2015, as limiting those procedures, all in prestige unavailability of public interest. To prepare this paper, a visit was made to the origins of administrative law, thus presenting its concept and its influential schools. In the development it was adopted the bibliographical research method, with visits to law texts as well as the work of renowned legal scholars, presented below.

Keywords: arbitration, public administration, necessary remedy, public interest.

1 INTRODUÇÃO

O direito administrativo é público em sua essência, tem como missão regulamentar o funcionamento da administração pública. No entanto, o conceito de direito administrativo não é tão simples quanto sua missão, pois, vários doutrinadores o definem de maneira diferente, face a peculiaridades ora distintas ora semelhantes identificadas e adotadas pelos doutrinadores que as incorpora ao conceito.

Para tanto, é medida salutar considerar a influência da Constituição da República como fonte do direito administrativo, porém, não somente ela, pois deve ser considerada toda a legislação que regulamenta a atuação das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadora de serviço público, vez que ambas são aptas a contribuir para sua conceituação do direito administrativo.

Assim, o direito administrativo tem na lei sua principal fonte, no entanto conta com as consideráveis contribuições da jurisprudência, da doutrina, bem como dos princípios gerais do direito.

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira¹, em seu curso de direito administrativo fez uma análise quanto a origem do direito administrativo e assim o apresenta:

“O nascimento do direito administrativo relaciona-se diretamente com a consagração dos ideais da Revolução Francesa de 1789 e o surgimento do

¹OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Método. 8ª Edição, 2020. p.55.

Estado de Direito. A partir dos ideais liberais revolucionários da burguesia (separação de poderes, princípio da legalidade e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), o poder estatal é limitado e o direito administrativo é concebido como ramo especial do Direito, ao lado do Direito Privado, regulador das relações envolvendo o Estado e o exercício das atividades administrativas.”

Com certa facilidade percebe-se que o direito administrativo está inserido no ramo do direito público, sendo que este possui em sua essência regular as relações em que o Estado mantenha algum vínculo.

Neste contexto, o Estado, para o exercício de suas atribuições firmar contratos ou convênios entre seus órgãos bem como diretamente com particulares, tudo em observância às legislações que regulamentam as contratações e convênios.

Neste contexto, impera considerar a possibilidade de atrasos e ou descumprimentos de cláusulas contratuais no decorrer da execução daqueles contratos ou convênios.

Por expressa previsão nas diversas legislações, (que serão objeto de estudo no decorrer deste trabalho), não resta dúvida de que a administração pública pode optar, em seus contratos, pelas soluções extrajudiciais de conflitos, que poderão ser estabelecidas e alcançadas por diversos métodos, desde a composição judicial -por meio de acordo no decorrer do processo judicial, ou por meio da via extrajudicial nos procedimentos de: conciliação, mediação e arbitragem, tudo em louvável prestígio à cultura da pacificação.

Diversos são os procedimentos extrajudiciais de soluções de conflitos existentes no ordenamento pátrio, no entanto, no afã de delimitar o campo de pesquisa, o presente trabalho teve sua atenção voltada ao procedimento da arbitragem como meio de solução dos conflitos nos contratos que envolvem a administração pública, cujo procedimento é regulamentado pela Lei 9.307 de 1996 (Lei de Arbitragem). No mais, destaca-se a colaboração de renomados doutrinadores, os quais contribuíram para a elaboração do presente trabalho.

2 CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

O conceito de direito administrativo apresenta divergência na doutrina, tudo em virtude do critério adotado pelo autor para defini-lo, vez que vários são os critérios existentes, e, ao conceituá-lo cada autor considera o critério que mais lhe proporcione sustentação, alguns afirmam que o direito administrativo regulamenta a administração com base na função administrativa e seus órgãos e pessoas que a exercem, outros

entendem que o direito administrativo é o conjunto de princípios jurídicos que regem a atuação da administração pública com a finalidade de regulamentar de forma direta e imediata a atuação Estatal.

No entanto, por ser o mais completo, adoto a conceituação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro², que apresenta o direito administrativo como sendo:

“o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens e meios de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.”

E, a corroborar, valiosa é a conceituação apresentada por Alexandre Mazza³, para quem o direito administrativo é o ramo do direito público que estuda os princípios e normas reguladoras do exercício da função administrativa.

Assim, face a diversidade de critérios adotados pelos doutrinadores para definir o direito administrativo, passo apresentá-los, vez que são indispensáveis para a compreensão sendo: a escola do serviço público; o critério do poder executivo; os critérios das relações jurídicas; o critério teleológico; o critério da distinção entre atividade jurídica e social do Estado e, por fim, o critério da administração pública.

3 PRINCÍPIOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Os princípios são de suma importância para a elaboração e aplicação da legislação pátria. No ramo do direito administrativo, são norteadores de toda atividade exercida pela administração, quer seja para a execução de seus objetivos fins, quer seja para auxiliar interpretação e aplicação da legislação ao caso concreto, bem como na solução extrajudicial dos conflitos.

Os princípios afetos ao direito administrativo têm suas previsões dentre outros diplomas, no artigo 37 da Constituição Federal⁴ que fez referência expressa à administração pública. No mais, há diversas classificações, podendo ser:

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo* / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.174.

³ MAZZA, Alexandre, *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 9ª Edição. 2019. p43.

⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

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.

- a) Princípios fundamentais– que são representativos das decisões políticas e estruturais do Estado, sendo: Princípios republicanos, federativos e de separação dos poderes;
- b) Também temos a classificação em princípios gerais– que são os norteadores de todo o ordenamento jurídico, sendo: princípio da legalidade e da isonomia;
- c) Princípios setoriais ou especiais– que são os destinados a aplicação a temas gerais ou específicos, cuja previsão destaca-se no artigo 37 da Constituição Federal (Legalidade; Impessoalidade; Moralidade; Publicidade e Eficiência), que serão objetos de apreciação em item específico.

Os princípios também poderão ser classificados em:

- a) Princípios expressos– sendo aqueles que estão materializados na legislação pátria, no texto constitucional, bem como na legislação infraconstitucionais;
- b) Princípios implícitos– são aqueles princípios não materializados na Constituição ou em qualquer outro diploma legal, todavia, são reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência, tudo em virtude de interpretações concatenadas do arcabouço jurídico.

Assim, o direito administrativo é prestigiado dentre outros, pelos seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, continuidade, autotutela, finalidade pública, supremacia do interesse público sobre o interesse privado, consensualidade/participação, segurança jurídica, confiança legítima e boa-fé; indisponibilidade do interesse público.

Neste contexto, inegável é a colaboração dos princípios acima relacionados para o direito administrativo, no entanto para uma melhor compreensão, o presente trabalho teve seu foco no princípio da indisponibilidade do interesse público, por ter mais relevância com o objeto da pesquisa.

3.1 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

A indisponibilidade do interesse público traduz a ideia de que a administração deve atuar observando os interesses da sociedade, neste contexto, a administração pública não pode dispor dos interesses da coletividade, salvo nas situações permitidas em lei, neste contexto o administrador é condicionado a atuar de forma a não dispor dos bens por ele administrado, pois tais bens a ele não pertence e sim à coletividade.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ citando Celso Antônio Bandeira de Melo, apresenta em seus ensinamentos:

“Significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*. Mais além, diz que “as pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso, a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental”.

Neste contexto, a administração pública tem sua atuação limitada quanto à disposição dos interesses públicos, só podendo deles dispor quando autorizados por lei. No mesmo sentido, também não poderá substabelecer a outrem o *mínus* de zelar, de proteger os bens e interesses postos aos seus cuidados, salvo quando o substabelecimento for autorizado por Lei.

Referido princípio tem previsão na Lei 9.784 de 1999⁶ no artigo 2º e inciso II do parágrafo único, onde consta a proibição da disponibilidade do interesse público.

No entanto, o princípio da indisponibilidade do interesse público tem passado por uma relativização pois quando o Supremo Tribunal Federal⁷, em julgamento ocorrido aos 04/06/2002 do RE 25388/MG-MINAS GERAIS, entendeu por bem relativizar a aplicação do referido princípio, conforme segue no julgado:

RE 253885 / MG - MINAS GERAIS
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
Julgamento: 04/06/2002
Publicação: 21/06/2002
Órgão julgador: Primeira Turma

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.217-218.

⁶http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm

Art. 2º A Administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

⁷<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99342/false>

Publicação

DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796

Partes

RECTE.: MUNICÍPIO DE SANTA RITA DO SAPUCAÍ ADVVDOS.: JOSÉ RUBENS COSTA E OUTROS

RECDA.: LÁZARA RODRIGUES LEITE E OUTRAS ADVVDOS.: JÚLIO CEZAR CAPONI E OUTROS

Ementa

EMENTA: Poder *Público*. Transação. Validade. Em regra, os bens e o *interesse público* são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os *interesses* confiados à sua guarda e realização. **Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse.** Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.

Decisão

A Turma não conheceu do recurso extraordinário. Unânime. 1ª. Turma, 04.06.2002. *destaquei*.

Neste contexto, em casos específicos haverá a possibilidade da administração pública relativizar a aplicação da indisponibilidade do interesse público, se o caso concreto recomendar que tal medida proporcione um ganho para a administração pública, ou no mínimo que não lhe proporcione maiores perdas.

4 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

Como bem observado, a administração pública carrega o dever de atender às necessidades básicas da população, bem como promover distribuição igualitária da justiça sempre observada a máxima legalidade e os princípios que a direciona.

Assim, para o exercício de seu *múnusa* administração pública celebra contratos e convênios diversos, quer seja entre órgãos ou até mesmo entre Estados ou entre estes e os particulares, observada a legislação em vigor bem como os princípios correlatos.

Para a formação dos contratos, ressalvada as situações de dispensa ou inexigibilidade, haverá de império a aplicação do procedimento licitatório, ocasião em que será proporcionado a todos os pretendentes dele participar e/ou concorrer, e, uma vez identificado o participante vencedor bem como superada a fase intermediária/documental e procedimental, passar-se-á a elaboração do instrumento final “o contrato”.

Para a formação do contrato, além da superação dos requisitos exigidos na legislação específica, deverá ser observada a materialização do contrato, que poderá ser por meio de instrumento particular ou por via de instrumento público “escritura”, e ao

final, após a coleta de todas as assinaturas necessárias e registro do instrumento “contrato”, se necessário, iniciar-se-á a execução de seu objeto.

Na elaboração do instrumento final “contrato”, haverá a inclusão das cláusulas gerais e das especiais, e, dentre elas, é facultado a administração pública a opção pela solução de eventual controvérsia, podendo ser eleita a cláusula de solução de litígios extrajudiciais com opção pela modalidade “arbitragem”, cuja regulamentação encontra-se na Lei 9.307 de 1996.

5 SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS

As técnicas de soluções extrajudiciais de conflitos encontram-se previstas nas legislações infraconstitucionais, sendo: a) A opção pela mediação e conciliação consta no artigo 32 da Lei 13.140 de 2015⁸, inclusive com a facultadede criação decâmaras de prevenção e resolução de conflitos administrativos. b) A opção pela arbitragem encontra-se presente na Lei 9.307 de 1996, atualizada por meio da Lei 13.129 de 2015⁹.

Quanto a possibilidade da administração pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como por todas suas autarquias e fundações públicas) elegerem a opção pela arbitragem para solução de conflitos provenientes da execução/cumprimentos de seus contratos constam em leis diversas, a título de exemplo temos: Lei 9.478 de 1997¹⁰

⁸http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm

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:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
II - 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;
III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 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.

⁹ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

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

¹⁰http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm

Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

no artigo 43, X (Lei do petróleo); Lei 10.848 de 2004¹¹ no artigo 4º §5º e §6º (Lei do Mercado Atacadista de Energia Elétrica); Lei 11.079 de 2004¹² no artigo 11, inciso III (Lei das Parcerias Público-Privadas).

Os meios de solução extrajudicial são tão eficazes, que a recente lei que regulamenta as licitações e contratações públicas - Lei 14.133 de 2021¹³, dedicou o capítulo XII, contemplados pelos artigos 151 ao 154, a previsão para resolução de conflitos extrajudiciais pela arbitragem nas referidas contratações.

Assim, resta superada qualquer dúvida a respeito da possibilidade da administração pública, quando na formalização de seus contratos, optar pela arbitragem.

Para reforçar legalidade da opção, o Enunciado 2 da 1º jornada de prevenção e solução extrajudicial de litígios¹⁴, foi aprovado no seguinte teor: “Ainda que não haja cláusula compromissória, a administração pública poderá celebrar compromisso arbitral”.

...
X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;

¹¹http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm

§ 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.

¹²http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

...
III – 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, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

¹³http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm

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.

¹⁴<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/enunciados-aprovados/@@download/arquivo>

Logo, extrai-se do contexto apresentado pelo enunciado que, ainda que não contenha previsão expressa nos contratos celebrados pela administração pública, permanece a opção por solucionar eventuais conflitos pela via da arbitragem.

Portanto, dúvida não há quando a capacidade das pessoas jurídicas de direito público elegerem a via extrajudicial da arbitragem para a soluções de conflitos, tudo conforme consta nos diversos dispositivos permissivos acima elencados.

5.1 ARBITRAGEM

O conceito de arbitragem, segundo a doutrina de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marcelo Mazzola¹⁵, é:

“um método heterocompositivo de solução de conflitos por meio do qual um terceiro imparcial, escolhido pelas partes, decide a controvérsia, segundo normas e procedimentos previamente acordados.”

Pelo conceito apresentado, identifica-se que a prestação da solução da controvérsia é realizada por uma pessoa externa ao contrato celebrado pelas partes, no entanto já previamente escolhido e que deverá seguir o rito procedimental previamente estabelecido em contrato, denominado cláusula compromissória.

Reforçando a interpretação do autor acima citado, apresento os ensinamentos do professor e doutrinador José Cretella Júnior¹⁶, segundo o qual a arbitragem é:

“o sistema especial de julgamento com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesse, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.”

Não resta dúvida que este conceito é mais completo, e dele é possível extrair que o procedimento acordado entre as partes é submetido ao julgador apto para tal, e, ao final, ter-se-á resolvido o conflito, com apresentação do título “decisão” com força executiva. Neste contexto, em caso de descumprimento daquela decisão, caberá a parte vencedora tão somente recorrer ao judiciário para satisfação “cumprimento”.

¹⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina; MAZZOLA, Marcelo. Manual de Mediação e Arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2019. p.243.

¹⁶ CRETELLA Jr. José. Da arbitragem e seu conceito categorial. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.98. 1988. pag. 127.

Assim, uma vez realizada a opção pela solução extrajudicial do conflito pela via arbitral, os contratantes, a princípio estarão abdicando de submeter a solução do conflito via Estatal “Pode Judiciário”, tudo em virtude da opção eleita e em prestígio a autonomia da vontade, salvo eventuais vícios existentes na convenção – cláusula compromissória.

Noutra vertente, ainda que estipulada a convenção de arbitragem no contrato, e, uma vez ajuizada a lide por qualquer dos contratantes, caberá a outra parte alegar em sede de preliminar e antes mesmo de discutir o mérito, a existência da convenção de arbitragem, do contrário, uma vez não alegada a preliminar, estarão as partes aceitando a via jurisdicional e renunciando a via arbitral, tudo conforme extrai da previsão contida no artigo 337, X e § 6º da Lei 13.105 de 2015¹⁷.

No mesmo contexto, ainda que eleita a via da arbitragem para solução do conflito, poderão as partes contratantes em comum acordo modificá-la ou até mesmo revogá-la, e, assim o fazendo, restar-lhes-ão a jurisdição estatal para solução de seus conflitos. Neste sentido são os ensinamentos de Francisco José Cahali¹⁸, que assim dispõe:

“Porém, pela prestigiada autonomia privada, nada impede que as partes, de comum acordo, modifiquem ou até mesmo revoguem pura e simplesmente a convenção, restabelecendo, assim, o *status quo ante*, ou seja, de livre acesso ao juízo estatal.”

Outra característica marcante existente na arbitragem é a irrecorribilidade da decisão arbitral, tudo conforme consta no artigo 18 da lei 9.307 de 1996¹⁹, que regulamenta todo o procedimento. Assim, uma vez realizada a opção pelo procedimento da arbitragem para solução de conflitos, e uma vez finalizada por meio da decisão, restará afastado a possibilidade de uma segunda apreciação daquela contenda, pois a decisão proveniente daquele procedimento não é passível de julgamento em instância superior, ainda que uma das partes seja a administração pública.

¹⁷http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm
Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

...

X - convenção de arbitragem;

§ 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.

¹⁸ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. Mediação, Conciliação e Tribunal Multiportas. São Paulo: RT, 8ª Edição, 2020. p.203.

¹⁹http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

No mais, face a decisão proveniente do procedimento de arbitragem esta sujeita a tão somente pedido direcionado ao árbitro para fins de esclarecimentos, dúvidas ou contradições, eventualmente existentes.

6 O ARTIGO 496 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL “REMESSA NECESSÁRIA”

O instituto da remessa necessária tem prevista no artigo 496 do código de processo civil - Lei 13.105 de 2015²⁰ que estabelece a remessa necessária das sentenças proferida em desfavor da Administração Federal, Estadual, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias e fundações de direito público, bem como as que julgar no todo ou em parte os Embargos à Execução Fiscal, assim, por império legal tais decisões ficam obrigatoriamente sujeitas a uma segunda apreciação.

Em análise ao próprio dispositivo regulamentador, percebe-se que não são todas as decisões que serão apreciadas em duplo grau de jurisdição obrigatório, vez que, no parágrafo terceiro encontra-se um limitador baseado no valor da condenação ou no proveito econômico.

Assim, não haverá o duplo grau de jurisdição obrigatório quando a condenação for inferior a mil salários mínimos e proferida contra a União e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; quando a condenação for inferior a 500 salários mínimos

²⁰http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

e proferida contra os Estados, o Distrito Federal, e suas respectivas autarquias e fundações de direitos públicos bem como em face das capitais dos Estados, e, por fim quando for proferida contra os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público e tiver por condenação ou proveito econômico com valor for inferior a 100 salários mínimos.

No mais, a remessa necessária “duplo grau de jurisdição obrigatório” tem previsão em outros diplomas esparsos, e em diversas hipóteses, sendo: a) Decreto Lei 3.365 de 1941²¹ –desapropriação por utilidade pública– traz em seu artigo 28, § 1º a previsão de que quando a sentença condenar a Fazenda Pública em quantia superior ao dobro da oferecida fica sujeita ao duplo grau de jurisdição; b) Lei 4.717 de 1965²² –da ação popular– apresenta no artigo 19 a previsão do reexame necessário; c) Lei 12.016 de 2009²³ –mandado de segurança– que traz previsão do artigo 14 § 1º do reexame necessário para o caso de procedência do *mandamus*; d) Lei Complementar 76 de 1993²⁴ –desapropriação de imóvel rural– que no artigo 13 § 1º que traz previsão de ser obrigatório o duplo grau de jurisdição das sentenças que condenem o expropriante em quantia superior a 50% da oblação inicial.

Neste contexto, verifica-se que a apreciação em duplo grau obrigatório, busca uma melhor apuração no “julgamento/análise” da lide, e, em especial, quando envolve dinheiro, pois a própria lei apresenta um “valor ou porcentagem” para a viabilidade da submissão ao duplo julgamento.

Interessante entender qual a natureza do procedimento, se recurso ou condição para eficácia da sentença.

²¹http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm

Art. 28. Da sentença que fixar o preço da indenização caberá apelação com efeito simplesmente devolutivo, quando interposta pelo expropriado, e com ambos os efeitos, quando o for pelo expropriante. § 1º A sentença que condenar a Fazenda Pública em quantia superior ao dobro da oferecida fica sujeita ao duplo grau de jurisdição.

²²http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm

Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo.

²³http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/112016.htm

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

²⁴http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp76.htm

Art. 13. Da sentença que fixar o preço da indenização caberá apelação com efeito simplesmente devolutivo, quando interposta pelo expropriado e, em ambos os efeitos, quando interposta pelo expropriante.

§ 1º A sentença que condenar o expropriante, em quantia superior a cinquenta por cento sobre o valor oferecido na inicial, fica sujeita a duplo grau de jurisdição.

Neste tópico, a doutrina acertadamente afirma ser condição de eficácia da sentença, pois não se trata de vontade das partes, mas sim, de uma etapa para que a sentença produza efeitos no mundo jurídico.

Nos ensina o doutrinador Cassio Scapinella Bueno²⁵, que não se trata de recurso, isto não pode ser questionado, porque não há *voluntariedade* na submissão da sentença ao tribunal. É a própria lei, especificamente o artigo 496, que assim impõe, como evidencia o seu parágrafo primeiro. Neste contexto, não haverá necessidade de qualquer manifestação pelo particular que esteja em litígio em face daqueles contemplados pela benesse do duplo grau de jurisdição obrigatório.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Nelson Nery Jr.²⁶, onde expressa: em nosso sentir esse instituto tem a natureza jurídica de condição de eficácia da sentença.

No mais, ainda que não se trate de recurso propriamente dito, nem de uma impugnação transversa da sentença, o reexame necessário carrega em sua essência proporcionar maior controle da qualidade da sentença, prestigiando assim a indisponibilidade do interesse público, em especial quando das decisões envolver valores, pois as condenações em valores superiores aos previstos nas legislações estarão, obrigatoriamente, sujeitos a uma dupla apreciação, o que não ocorre com a decisão proveniente da arbitragem, pois, conforme outrora abordado, tal procedimento não comporta “recurso e/ou uma segunda apreciação”, independentemente de valor e/ou de qual pessoa, órgão ou entidade (público ou privado) optante pelo procedimento da arbitragem.

7 CONCLUSÃO

Desde o seu nascedouro -Revolução Francesa de 1789- o direito administrativo foi concebido como sendo um ramo autônomo que carrega em sua essência: a) regulamentar a atuação dos órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a administração pública; b) regulamentar a atividade jurídica não contenciosa exercida pela administração pública; c) regulamentar o uso de bens públicos e a expedição de atos para a consecução de seus fins públicos. Neste contexto, todos os atos são pautados na máxima obediência às leis que regulamentem a matéria bem como nos

²⁵Bueno, Cassio Scapinella, Manual de Direito Processual Civil. volume único. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.760.

²⁶ NERY JR., Nelson. Teoria geral dos recursos. 7ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

princípios norteadores da atuação da administração, aplicáveis também ao particular que com a administração pública tenha algum vínculo.

Para alcançar o exercício de seu *múnus* a administração pública celebra contratos e convênios entre órgãos e/ou com particulares, e, com base na estrita legalidade, pode fazer constar a opção pela adoção da solução extrajudicial de seus conflitos conforme permissivos legais, que a título de exemplo cito: Lei 9.478 de 1997; Lei 10.848 de 2004; Lei 11.079 de 2004; Lei 14.133 de 2021, e, em todas apresentam a possibilidade de eleição da arbitragem - regulamentada pela Lei 9.307 de 1996.

Neste contexto, não resta dúvida de que se por esta solução optar, a administração estará agindo em estrita obediência ao princípio da legalidade, ainda mais porque não há limitador legal proveniente de valor do contrato e/ou contenda.

Noutra vertente, sabe-se que o princípio da indisponibilidade do interesse público contido na Lei 9.784 de 1999 no artigo 2º e inciso II do parágrafo único, é norma restritiva da atuação da administração pública, uma vez que veda a disponibilidade do interesse público.

Assim, em cotejo aos diplomas legais acima elencados, de início percebe-se a presença de uma aparente incongruência, senão vejamos: de um lado, a existência de leis permitindo a eleição da via extrajudicial “arbitragem” para solução de conflitos independentemente de valor da demanda, e, de outro lado a lei apresentando o princípio da indisponibilidade do interesse público, cujo efeito de sua aplicabilidade tem o condão de restringir a atuação prática da administração pública.

Ainda temos o Judiciário por meio do Supremo Tribunal Federal que sinaliza a possibilidade da flexibilização do princípio da indisponibilidade pública quando a solução adotada pela administração pública for a melhor que atenderá à *ultimação* deste *interesse*.

*Temos ainda, a previsão no artigo 496 do código de processo civil - Lei 13.105 de 2015*²⁷ que estabelece limitadores mínimos para remessa necessária das sentenças

²⁷http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

proferidas em desfavor da Administração Federal, Estadual, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias e fundações de direito público, bem como as que julgar no todo ou em parte os embargos à execução fiscal, como requisito de validade para produção dos efeitos.

Por todo o exposto, quando a administração pública faz opção por esta via de solução extrajudicial de conflitos por meio da arbitragem, “ainda que não seja possível uma segunda apreciação”, estará atuando em observância à legalidade bem como aos princípios que a conduz, assim, não estará sujeita à observância de limites de valores das demandas, por falta de previsão legal, ainda que seja identificado aparente conflito entre princípio (indisponibilidade do interesse público) e normas específicas.

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

REFERÊNCIAS

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Curso de Direito administrativo. Rio de Janeiro: Método. 8ª Edição, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense. 2019.

MAZZA, Alexandre, Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva. 9ª Edição. 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; MAZZOLA, Marcelo. Manual de Mediação e Arbitragem. São Paulo: Saraiva. 2019.

CRETELLA Jr. José. Da arbitragem e seu conceito categorial. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.98. 1988.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. Mediação, Conciliação e Tribunal Multiportas. São Paulo: RT, 8ª Edição. 2020.

BUENO, Cassio Scapinella, Manual de Direito Processual Civil. volume único. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

NERY JR., Nelson. Teoria geral dos recursos. 7ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 27 de Mar. de 2022 – às 09h41m.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm Acesso em: 24 de Abr. de 2022 – às 19h01m.

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99342/false> Acesso em: 24 de Abr. de 2022 – às 19h14m.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113140.htm Acesso em: 27 de Mar. de 2022 – às 10h27m.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm Acesso em: 25 de Abr. de 2022 – às 15h53m.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm Acesso em: 27 de Mar. de 2022 – às 11h21m.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm Acesso em: 27 de Mar. de 2022 – às 11h42m.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm Acesso em: 27 de Mar. de 2022 – às 12h17m.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htmAcesso em: 27 de Mar. de 2022 – às 12h39m.

<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/enunciados-aprovados/@@download/arquivo>Acesso em: 27 de Mar. de 2022 – às 12h53m.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htmAcesso em: 27 de Mar. de 2022 – às 12h54m.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htmAcesso em: 27 de Mar. de 2022 – às 14h51m.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htmAcesso em: 27 de Mar. de 2022 – às 15h26m.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htmAcesso em: 27 de Mar. de 2022 – às 15h47m.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp76.htmAcesso em: 27 de Mar. de 2022 – às 16h26m.