

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

ACESSO À JUSTIÇA: POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA II

JUVÊNIO BORGES SILVA

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaiher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

A174

Acesso à justiça: política judiciária, gestão e administração da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Querino Tavares Neto; Juvêncio Borges Silva; Luiz Fernando Bellinetti – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-506-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Acesso à justiça. 3. Política judiciária. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

ACESSO À JUSTIÇA: POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA II

Apresentação

ACESSO À JUSTIÇA: POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

O presente volume é decorrente dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Acesso à Justiça, Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça II, durante o V Encontro Virtual do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito), realizado nessa modalidade, no período de 14 a 18 de junho de 2022.

O Congresso teve como base a temática “INOVAÇÃO, DIREITO E SUSTENTABILIDADE”, fortemente influenciada pela pandemia da Covid19 que afeta o mundo desde o início de 2020.

Os trabalhos apresentados guardam relação com o tema básico do Grupo de Trabalho, o que demonstra a adequada seleção dos artigos, circunstância que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões.

Decorrentes de pesquisas realizadas em diferentes instituições nacionais, foram apresentados neste Grupo de Trabalho 20 (vinte) artigos vinculados à temática do acesso à justiça, política judiciária, gestão e administração da justiça

Os artigos apresentados gravitaram em torno de quatro eixos temáticos:

(I) . PROCESSOS DE DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS . Os artigos apresentados neste eixo destacaram a relevância dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Em torno deste tema foram apresentados os seguintes artigos: (1) “Termo de ajustamento de conduta como medida alternativa no controle da rastreabilidade e segurança alimentar: uma visão sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor”; (2) “Termo de ajustamento de conduta como instrumento eficaz de acesso à justiça”; (3) “Mediação e conciliação através das serventias extrajudiciais como forma de tratamento adequado dos conflitos na realidade pós covid-19”; (4) “Análise do sistema multiportas na resolução de conflitos sob o prisma da jurimetria”; (5) “Acesso à justiça e fungibilidade dos métodos adequados de solução de conflitos na cognição

civil brasileira”; (6) “Acesso à justiça em tempos de pandemia: análise dos núcleos de prática jurídica da UNISUL”; (7) “A arbitragem na gestão pública como instrumento de garantia dos direitos dos usuários de serviços públicos e contratos administrativos”; (8) “O sistema multiportas de resolução de conflitos como pacificador social em áreas remotas: da implantação da mediação comunitária como solução de acesso à justiça”;

(II) ACESSO À JUSTIÇA E VIOLÊNCIA DE GÊNERO: Os artigos apresentados neste eixo destacaram a importância da efetivação do acesso à justiça por parte de mulheres vítimas de violência doméstica e/ou familiar. Em torno deste tema foram apresentados os seguintes artigos: (9) “Uma análise do crime de stalking sobre a perspectiva de acesso à justiça por mulheres vítimas de violência doméstica e/ou familiar”; (10) “Violência doméstica e familiar contra a mulher: uma análise da mediação como gestão autônoma e adequada de conflito à luz do princípio da não-violência de Jean-Marie Muller”.

(III) GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. Os artigos apresentados neste eixo destacaram a importância do desenvolvimento de uma boa gestão e administração da justiça como condição para o efetivo acesso à justiça. Em torno deste tema foram apresentados os seguintes artigos: (11) “Gestão de mudanças na implantação da secretaria unificada dos juzizados especiais da Fazenda Pública da Comarca de Natal – RN”; (12) “Conflitos estruturais, negócios processuais e coletivização de demandas individuais: o caso dos leitos de internação do hospital universitário Walter Cantídio”; (13) “Varas especializadas em Direito Empresarial em São Paulo: expansão possível e sustentável”.

(IV) ACESSO JUSTIÇA E POLÍTICA JUDICIÁRIA. Os artigos apresentados neste eixo destacaram a importância da implementação de uma boa política judiciária com vistas à resolução efetiva de conflitos e promoção do acesso à justiça. Em torno deste tema foram apresentados os seguintes artigos: (14) “O papel do Ministério Público na proteção aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: uma releitura relevante”; (15) “Motivação e desempenho no serviço público: a remuneração como estratégia adotada pelo Poder Judiciário da Paraíba”; (16) “Dimensões do desempenho judicial e o trabalhar na visão dos(as) juízes(as)”; (17) “O acesso à justiça como instituto fundamental do direito processual: princípio constitucional de acesso à tutela jurisdicional efetiva e de reconhecimento dos Direitos Humanos de pessoas refugiadas”; (18) “Judicialização da política e ativismo judicial: estudo comparado entre o Brasil e os Estados Unidos”; (19) “A garantia do acesso à justiça em um cenário pandêmico e o necessário resgate do princípio da solidariedade para a implementação do objetivo 16.3 da Agenda 2030 da ONU”.

Os debates realizados no GT demonstraram a importância dos temas apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras desse grupo. Reunidos em ambiente virtual, pesquisadores das várias regiões do Brasil aprofundaram os estudos sobre o acesso à justiça, política judiciária, gestão e administração da Justiça em nosso país, apresentando o resultado de seu fecundo e profícuo trabalho. Portanto, estamos certos de que publicação destes artigos em muito contribui para a difusão das discussões que se realizaram no Grupo de Trabalho. Assim, é com satisfação que apresentamos a toda comunidade jurídica a presente obra, que certamente será um importante contributo para a pesquisa jurídica nacional.

Coordenadores:

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva - UNAERP

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti - UEL

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG

A ARBITRAGEM NA GESTÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

ARBITRATION IN PUBLIC MANAGEMENT AS A INSTRUMENT TO GUARANTEE THE RIGHTS OF USERS OF PUBLIC SERVICES AND ADMINISTRATIVE CONTRACTS

Fábio Da Silva Santos ¹

Resumo

O presente estudo tem por objetivo identificar a tutela de direitos do usuário de serviços públicos e contratos administrativos, no contexto da arbitragem nas lides envolvendo a Administração Pública. Não se pretende exaurir o tema, até em razão de serem muitas as matérias que o envolve, contudo, realiza-se uma apresentação geral sobre os desdobramentos da tutela de direitos do usuário de serviços públicos e contratos administrativos, bem como do uso da arbitragem na Administração Pública. O levantamento bibliográfico consistiu em pesquisa na literatura disponível buscando uma análise qualitativa do tema proposto.

Palavras-chave: Serviços públicos, Contratos administrativos, Usuário de serviços públicos, Arbitragem na gestão pública

Abstract/Resumen/Résumé

The present study aims to identify the protection of user rights of public services and administrative contracts, in the context of arbitration in disputes involving the Public Administration. It is not intended to exhaust the subject, even because there are many matters that involve it, however, a general presentation is made on the unfolding of the protection of the rights of the user of public services and administrative contracts, as well as the use of arbitration in the Public administration. The bibliographic survey consisted of a search in the available literature seeking a qualitative analysis of the proposed theme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public services, Administrative contracts, User of public services, Arbitration in public management

¹ Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pesquisador do CEPIM da Universidade de São Paulo (USP). Professor de Ciência Política e Direito Constitucional (UFBA)

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública possui um conjunto de órgãos e entes, que exercem uma série de atos administrativos, celebram contratos e prestam serviços públicos, vinculados ou discricionários, os quais visam a satisfação das necessidades públicas em face do privado. Ela se apresenta de duas formas, direta e indiretamente, por meio de órgãos e entidades que representam a vontade do Estado-Administrador, buscando resguardar a segurança da constituição e a ordem pública.

A pessoa Estatal é regida pelos princípios constitucionais previstos no artigo 37 da Constituição Federal, quais sejam: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Ademais o Estado é dotado de poderes administrativos que visam zelar pelo melhor para com os seus administrados. Assim, registra-se como seu símbolo inicial, a Revolução Francesa, que trouxe ideais sociais e liberais, aboliu com os ideais absolutistas até então presentes no ordenamento. Desenvolvendo-se as características do Estado Democrático de Direito, o qual, a lei emana do povo.

Mediante disposição constitucional, pode-se observar que o Poder Público possui a titularidade dos serviços públicos, dispondo que tais serviços podem ser prestados de forma direta ou indireta. A ação do estado pode se dar, neste caso, pelos serviços públicos e os contratos administrativos. Os serviços públicos podem estar relacionados à prestação direta, e a prestação indireta dos serviços, referindo-se a delegação destes serviços por meio de contratos de concessão ou permissão.

No contexto da tutela de garantias de direitos dos usuários de serviços públicos é que se sustenta o presente estudo, buscando responder como principal questão norteadora as contribuições da arbitragem nas lides envolvendo a Administração Pública e os usuários de serviços público e contratos administrativos.

Nesta linha, dando prosseguimento ao presente trabalho, são apresentadas breves considerações sobre serviço público e a administração pública; bem como delineamentos pertinentes acerca dos contratos administrativos. Para, posteriormente, tecer considerações sobre a arbitragem nas lides envolvendo a administração pública.

O tema em tela é de extrema relevância tanto no âmbito jurídico, quanto no acadêmico e social, visto que tem tido grande impacto nos tempos atuais, as discussões acerca da justiça, democracia, cidadania, participação social e serviços públicos.

O método utilizado foi uma revisão de literatura de vários posicionamentos doutrinários, acompanhado de pesquisa bibliográfica, com diversos trabalhos na área da pesquisa, tanto numa relação direta, como indireta, por meio de uma análise qualitativa.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE SERVIÇO PÚBLICO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cumpra, inicialmente, tecer reflexões sobre o conceito de serviço público e as noções da administração pública brasileira para uma melhor compreensão sobre os contratos administrativos, bem como identificar as principais orientações da arbitragem no âmbito da administração pública.

Dentre os desafios da contemporaneidade, os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade da Ciência do Direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e se multiplicam com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos princípios e de formar de se produzir o direito.

De acordo com a literatura de Hely Lopes Meirelles (1993), “*serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas de controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado*”. Nesse sentido, a Constituição Federal Brasileira de 1988 – CF/88, em seu art. 175, estatui o seguinte regramento:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, **diretamente** ou sob regime de **concessão ou permissão**, sempre através de licitação, **a prestação de serviços públicos.**

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

(BRASIL, 1988)

Assim, pode-se observar que o Poder Público possui a titularidade dos serviços públicos, dispondo que tais serviços podem ser prestados de forma direta ou indireta. A ação do estado

pode se dar, pelos serviços públicos e os contratos administrativos. Os serviços públicos podem estar relacionados a prestação direta, e a prestação indireta dos serviços, referido-se a delegação destes serviços por meio de contratos de concessão ou permissão.

Para a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014), buscando um conceito mais restrito, ou até mesmo, menos abrangente que Meirelles (1993), define serviço público como *“toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime total ou parcialmente público”*.

Além da conceituação de serviço público, é preciso compreender a Administração Pública, que se define por o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas.

Nas palavras do professor Hely Lopes Meirelles (1993), podemos conceituar Administração Pública como *“todo o aparelhamento do Estado, preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”*.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorreu uma profunda modificação axiológica no direito pátrio brasileiro. Uma vez que os direitos fundamentais, assim como os da democracia, ganharam maior visibilidade, tornando-se elementos estruturantes do Estado, ao passo que houve maior interesse público, buscando garantias aos direitos fundamentais de seus administrados. De tal modo que as novas legitimidades trazidas pela Lei Maior, fomentaram uma releitura da Administração Pública até então inexistente. Assim, pode-se dizer que a Administração Pública é a parte do Estado que cuida dos interesses públicos e da satisfação concreta e imediata das necessidades básicas da coletividade. (CUNHA JÚNIOR, 2015)

José Afonso da Silva (2014) afirma que a Administração Pública encontra suas bases definidas e desenvolvidas, nos arts. 37 a 43, da CRFB, onde, segundo ele, localizam-se dispostos os seus princípios reguladores, bem como o regime dos representantes administrativo civil e militar.

Por meio de seu art. 37, a Constituição apresenta a Administração Pública em dois sentidos: o primeiro, como um conjunto orgânico integrante da Administração direta e indireta formada por um conjunto de entidades jurídicas, órgãos públicos e agentes públicos, compondo assim a estrutura da administração dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios. O segundo sentido, é o funcional, submetido aos princípios da legalidade, da

impessoalidade, da moralidade, da publicidade, e da eficiência. Ou seja, é todo o conjunto de funções e atividades públicas, que possuem característica pura de função administrativa, que visa realizar concreta, direta e imediatamente os fins constitucionais atribuídos ao Estado.

A Administração Pública direta corresponde as atividades administrativas executadas diretamente pela pessoa estatal, ou seja, é o Estado diretamente realizando a atividade administrativo, por meio de seus órgãos públicos. Esses órgãos públicos encontram-se diretamente subordinados ao Poder Executivo de uma das esferas governamentais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

A Administração direta da União se manifesta pelos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. Fazendo um paralelo à norma supracitada, a doutrina considera que a Administração direta dos Estados abrange os serviços integrados na estrutura administrativa do Governo Estadual e das Secretarias; respectivamente, ao que se falar de Administração direta dos Municípios, temos os serviços integrados a estrutura administrativa da Prefeitura Municipal e das Secretarias correspondentes.

De outro lado, a Administração Pública indireta é composta por entidades criadas e dotadas de personalidade jurídica, legalmente outorgada para exercer determinada atividade administrativa. Em outras palavras, a Administração indireta é a prestação de serviço ou exploração de atividades econômicas, vinculada aos Poderes Executivos, realizada por *longa manus* pelo Estado, por ele criado e por ele autorizado. As entidades estatais, que integram a Administração Pública indireta são: as Autarquias, as Fundações, as Empresas públicas, e as Sociedades de economia mista. (CUNHA JÚNIOR, 2015)

Importantes contribuições para a compreensão entre Administração Pública, Direito e Poder, são os ensinamentos de Alf Rossi (2003) em sua obra “Direito e Justiça”. Segundo ele, o direito e o poder não são visto como opostos. Considerando o poder social como a possibilidade de dirigir as ações de outros seres humanos, o direito é visto como instrumento de poder, sendo uma relação de poder aquela entre os que decidem o que será direito e os que estão submetidos a esse direito. O poder, então, é algo que funciona por meio do direito. (ROSSI, 2003)

Busca-se um serviço público que efetivamente garanta os interesses públicos numa política jurídica democrática e acessível. Reconhecendo, o poder político como o poder exercido mediante a técnica do direito ou mediante o aparato do Estado, que é um aparato para o exercício da força. Mas a função deste aparato está condicionada por fatores ideológicos, a

consciência jurídica formal. Deste modo, todo poder político é competência jurídica. (ROSSI, 2003)

Assim, torna-se imperioso descrever os delineamentos acerca dos contratos administrativos, com vistas a um pleno serviço público diante de um aparato estatal e num panorama de uma política jurídica que aplica o conhecimento sociológico-jurídico capaz de influenciar normas e condutas.

3 DELINEAMENTOS PERTINENTES ACERCA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O negócio jurídico é proveniente de manifestações volitivas com o escopo de gerar efeitos jurídicos. Nessa perspectiva, os contratos surgem como uma de suas espécies, vindo a regulamentar os interesses das partes envolvidas, as vontades são contrapostas surgindo uma verdadeira norma jurídica individual, a qual resultará na criação, extinção ou mesmo modificação de direitos e obrigações previamente ali dispostos.

Notadamente, o que embasa os contratos é a vontade, elemento subjetivo necessário para realizar a avença, tendo por pressupostos a capacidade jurídica dos contraentes, bem como a licitude, possibilidade e determinação do objeto, observando-se a forma prescrita e não defesa em lei.

No Direito administrativo, os contratos têm como peculiaridade inicial, o fato de que uma das partes deve necessariamente atuar no exercício da função administrativa. A doutrina convencionou chamar de Contratos da Administração (sentido amplo), todo aquele em que a Administração Pública figurar num dos pólos, tornando-se assim um gênero, do qual são espécies os contratos privados da administração e os contratos administrativos.

Ressalte-se que embora este seja o posicionamento atualmente dominante, há outras duas correntes que advogam entendimentos diversos conforme observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 263-265). A primeira, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, aduz que não é correto falar-se em contratos administrativos, pois não se faz presente a autonomia da vontade, ante a estrita observância à legalidade. Ademais, o princípio da força obrigatória dos contratos também não se verifica, diante da possibilidade de alteração unilateral por uma das partes e, ainda, resta inobservada a isonomia que deve existir entre aqueles realizaram o pacto.

Portanto, o que se tem são atos unilaterais, praticados pela Administração Pública, referentes às cláusulas regulamentares e contratos de Direito Privado no que pertine ao equilíbrio econômico financeiro, ou seja, haveria um ato principal e outro acessório para realização do pacto. Não há como se sustentar, posto que a constituição dos vínculos tem por base o acordo de vontades, o que resta impossibilitado com as cláusulas regulamentares instituídas por ato unilateral, vez que, até para que elas surtam efeitos o particular deve se manifestar nesse sentido. A outra corrente defende que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos, considerando que sempre existirá observância aos preceitos oriundos do regime jurídico administrativo.

Expostas as três correntes doutrinárias, optar-se-á neste ensaio por aquela que subdivide os contratos celebrados pela Administração, aceitando os contratos administrativos em sentido estrito e os contratos privados como espécies. Veja-se conceituação de Marçal Justen Filho:

Prefere-se definir o contrato administrativo, em sentido amplo, como o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direito e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa (JUSTEN FILHO, 2013, p.470)

Tendo por conceituado os contratos celebrados pela administração, incumbe trazer posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho, acerca da primeira espécie aqui relatada, qual seja, os contratos de direito privado celebrados pela administração:

É evidente que, quando a Administração firma contratos regulados pelo direito privado, situa-se no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuída, como regra, qualquer vantagem especial que refuja às linhas do sistema contratual comum. Na verdade, considera-se que, nesse caso, a administração age no seu *ius gestionis*, com que sua situação jurídica muito se aproxima a do particular. (CARVALHO FILHO, 2014, P 174)

Os contratos de Direito Privado da Administração são assim regidos pelas disposições contidas no Código Civilista, com algumas derrogações concernentes às normas de Direito Público, como exemplos podem ser citados os contratos de locação, permuta. Em termos claros, tais contratos sujeitam-se às formalidades inerentes aos contratos administrativos, mas não gozam das prerrogativas destes. DI PIETRO (2014, p. 269) clarifica o tema com exemplo referente às cláusulas exorbitantes, uma vez que, estas estão implícitas nos contratos administrativos, conferindo assim uma prerrogativa, ao passo que nos contratos privados celebrados pela administração, para que haja observância a tais cláusulas, mister se faz a sua previsão no instrumento contratual, nota-se a horizontalidade, ausência de supremacia.

De outro giro, os contratos administrativos, também conhecidos como contratos administrativos em sentido estrito são essencialmente regidos pelas normas de Direito Público, com flagrante desigualdade entre as partes envolvidas, definido com o grau de precisão que é peculiar de Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado (MELLO, 2013, p. 633-634)

No mesmo sentido, Diógenes Gasparini:

(...) o contrato administrativo pode ser conceituado como o ato plurilateral ajustado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes com certo particular, cuja vigência e condições de execução a cargo do particular podem ser instabilizadas pela Administração Pública, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante particular(...)”(GASPARINI, 2014, p. 775)

Fernanda Marinela, em escritos temporalmente atuais, também apresenta conceito que clarifica a visualização do que efetivamente seja o contrato administrativo:

Pode-se conceituar "contrato administrativo" como a convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir, entre elas, uma relação jurídica patrimonial, tendo sempre a participação do Poder Público, visando à persecução de um interesse coletivo, sendo regido pelo direito público. É o ajuste que a Administração Pública firma com o particular ou outro ente público, para a consecução de interesse coletivo. O instrumento é regulado pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se a eles, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. (MARINELA, 2010, p. 409)

Não obstante o interesse público deva estar presente em ambas espécies de contratos celebrados pela Administração, diversamente dos contratos privados, o administrativo é marcado pela verticalidade, há supremacia da parte que exerce função administrativa em detrimento do particular, inerente do regime jurídico que norteia o pacto.

Configura-se num conjunto de prerrogativas que visam proteger uma das partes, ante o interesse da coletividade que está envolvido, conclui-se que a ausência de nivelamento, portanto, é a regra nestes contratos, havendo várias disposições nesse sentido na legislação de regência.

3.1 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Constituição Federal dispôs em seu art. 22, XXVII, que cabe a União Federal legislar acerca de normas que venham a regular as licitações e contratos administrativos. Desta feita, a Lei 8.666/1993 tem o maior destaque dentre as editadas, tendo por fim regulamentar o art. 37, XXI da própria Carta Magna, dispondo sobre obras, serviços, compras, alienações e locações como objeto de contratação. Ressalte-se que apesar da especificidade da referida lei é mister apontar que nela própria há disposição sobre a aplicação supletiva das normas de direito privado no âmbito dos contratos administrativos, consoante art. 54 ali inserto.

Sob este prisma, a doutrina administrativista utiliza-se de classificações do Direito Privado, referente a teoria geral dos contratos, para caracterizar os contratos administrativos. Em princípio, destaca-se o formalismo, o contrato deve observar requisitos especiais para sua regularidade, a necessidade de procedimento licitatório é a exigência mais clara.

Prossegue-se com a comutatividade, uma vez que, as obrigações se equivalem e antes de ser firmado o pacto já são conhecidas, não havendo que se falar aqui em contratos aleatórios, que envolvam risco. Nessa linha, tem-se a bilateralidade, ou seja, obrigações recíprocas, sinalagmáticas, a obrigação de uma das partes é causa da prestação da outra.

Tais contratos são consensuais, dispensam a tradição do bem para que surjam as obrigações dele decorrentes, basta apenas que haja manifestação volitiva para sua formalização, Matheus Carvalho (2014, p.514) bem observa que o consenso por parte da Administração se dá no momento em que há a celebração do contrato. De outro modo, o do particular é no momento em que se dá no instante da em que se abrem os envelopes contendo a sua documentação.

O caráter personalíssimo dos contratos administrativos também é um importante elemento para sua visualização, vez que será celebrado com aquele que apresentar as melhores condições e, por conseguinte vencer o procedimento licitatório, sob esta característica Carvalho Filho ressalta a confiança recíproca, advertindo:

(...) porque o contratado é, em tese, o que melhor comprovou condições de contratar com a Administração, fato que, inclusive, levou o legislador a só admitir a subcontratação de obra, serviço ou fornecimento até o limite consentido, em cada caso, pela Administração, isso sem prejuízo de sua responsabilidade legal e contratual (art. 72 do Estatuto) (CARVALHO FILHO, 2014, p. 180)

Podem ser inseridas, ainda, como características a onerosidade, uma vez que, como regra, deve haver remuneração ao particular pela execução do que foi contratado e, o fato de os contratos administrativos serem de adesão, havendo imposição das cláusulas pela Administração Pública, como bem sustenta DI PIETRO (2014, p. 279-280), há fixação de modo

unilateral, ainda que não haja licitação, ante fundamentalmente à indisponibilidade do interesse público, consubstanciado no regime jurídico administrativo.

3.2 DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

A presença das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos é o que evidencia toda a posição preponderante da Administração Pública que até agora aqui se falou, são as prerrogativas que estruturam a relação, incomuns em âmbito privado, também conhecidas como cláusulas de privilégio são implícitas nos contratos, independem de previsão no instrumento, vez que decorrem de imposição legal, estão elencadas no art. 58 da Lei 8.666/1993, passando aqui a serem apresentadas de forma sumária. De logo, importante trazer o teor do referido artigo:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual (BRASIL,1993)

A alteração unilateral é uma das formas de demonstração de superioridade na avença, vindo a ser ferramenta de ajuste do interesse público, observe-se que pode se realizar nos termos do art. 65, I da Lei nº 8.666/1993 em casos de alteração do projeto e especificidades com o intuito de melhoria de qualidade, bem como modificações referentes a valores, sendo que no segundo ponto ficar-se-á limitado a 25% (vinte e cinco por cento) para acréscimos e diminuições, salvo em casos de contrato de reforma onde o limite aumenta para 50% (cinquenta por cento) em casos de acréscimos.

Frise-se que o particular tem direito a manutenção do objeto do contrato, além do equilíbrio financeiro que inicialmente foi pactuado, levando assim a um reajustamento de

preços à medida que se tem modificações unilaterais, a fim de que se mantenha a margem de lucro dantes prevista. Acerca da temática, Celso Antonio Bandeira de Mello, adverte:

Isso não significa, entretanto, total e ilimitada liberdade para a Administração modificar o projeto ou suas especificações, pena de burla ao instituto da licitação. Estas modificações só se justificam perante circunstâncias específicas verificáveis em casos concretos, quando eventos supervenientes, fatores invulgares, anômalos, desconcertantes de sua previsão inicial, vêm a tornar inalcançável o bom cumprimento do escopo que o animara, sua razão de ser, seu “sentido”, a menos que, para satisfatório atendimento do interesse público, se lhe promovam alterações. (MELLO, 2013, p. 640)

A conclusão é clara, a alteração deve ocorrer em caso de interesse público superveniente, não se justificaria alterar o contrato se já havia desde a sua celebração o entendimento de que as cláusulas ali insertas no que se refere ao projeto e aos valores não seriam aptas à regular a sua execução.

Outra cláusula de privilégio conferida à Administração é a Rescisão Unilateral, nela independentemente de o particular vir a consentir, o contrato poderá ser encerrado desde que se enquadre em algum dos casos previstos no art. 78, I a XII e XVII, e art. 79, I da Lei nº 8.666/1993.

DI PIETRO (2014, p. 283) sistematiza as possibilidades de rescisão unilateral do contrato indicando que podem elas se dar em razão de Inadimplemento com culpa do contratado, inadimplemento sem culpa do contratado, razões de interesse público e caso fortuito ou força maior

A doutrinadora prossegue aduzindo que nas hipóteses de inadimplemento não há nada a ser pago ao particular, vez que a rescisão se deu por atos atribuídos a ele, informando, ainda, que na hipótese de culpa deve ele ressarcir o prejuízo ocasionado, bem como sofrer as devidas sanções administrativas e perder a garantia que foi ofertada de início, cabendo a Administração assumir o objeto do contrato.

De outro giro, em caso de razões de interesse público, caso fortuito ou força maior, DI PIETRO (2014, p. 284) ensina que a Administração tem por dever indenizar o particular em caso de dano efetivamente comprovado, além de realizar a devolução da garantia prestada, o pagamento do que foi executado até o momento da rescisão, além do custo da desmobilização, tudo em respeito ao equilíbrio econômico-financeiro.

A fiscalização da execução do contrato é outra prerrogativa inerente à Administração Pública, com previsão no art. 67 da Lei nº 8.666/1993, dispõe-se que deve haver designação de um agente para realizar o acompanhamento do desenvolver do contrato, com a possibilidade de

eventual contratação de terceiros para ajudar a quem tal tarefa foi atribuída. Veja-se o teor do dispositivo em comento:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes. (BRASIL, 1993)

Ponto elementar é a possibilidade de a Administração Pública aplicar penalidades àquele que com ela contratar em caso de descumprimento do que fora acordado, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa, conforme disposto no art. 87 da Lei de Licitações, constando ali que as sanções serão de advertência, multa, suspensão de contratar com o poder público e participar de licitações por até dois anos, além da declaração de inidoneidade, que é de competência do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, ressaltando-se que esta última hipótese de penalidade é a mais severa, uma vez que, seus efeitos perduram até que seja promovida a reabilitação, ou seja, o ressarcimento do prejuízos resultantes de sua conduta, cumprindo dizer, ainda, que o pedido de reabilitação só pode ser requerido após dois anos da aplicação da sanção.

Em última análise está a ocupação temporária de bens, aqui a Administração Pública possui a prerrogativa de ocupar temporariamente os bens do contratado a fim de dar continuidade ao serviço público, CARVALHO (2014, p.527) exemplifica com o caso de greve de funcionários em uma empresa de transporte público, no caso é dado ao ente público o direito de ocupar os ônibus da empresa dando prosseguimento as atividades, para que não haja prejuízo à coletividade. Ressalte-se que é em caráter provisório enquanto se resolve acerca de faltas contratuais pelo contratado ou mesmo rescisão de contrato administrativo, conforme se extrai da legislação de regência supracitada.

Assim, da breve apresentação das cláusulas de privilégio conferidas à uma das partes por via legal, fica ainda mais clara a supremacia que, em regra, marca as contratações que aqui se está trabalhando, sendo a sua apresentação dessas prerrogativas de importância fulcral para que, em momento oportuno, possa se analisar se a presença das mesmas consegue proteger todas as formas de contratação da Administração Pública, de modo a sustentar o interesse público frente as variadas situações fáticas que podem surgir ou se há margem para proteção por parte de normas jurídicas oriundas de outra fonte, qual seja, o Direito do Consumidor.

4 A ARBITRAGEM NAS LIDES ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nesse contexto, a defesa dos direitos dos usuários de serviços públicos e contratos administrativos podem ocorrer por meio da arbitragem. Assim, como ponto de partida, deve-se compreender as licitações e contratos como um microssistema finalístico, que visa concretizar uma Administração Pública eficaz e propulsora ao desenvolvimento.

A arbitragem é a garantia da imediatidade da solução em benefício do interesse público, que não se confunde com o interesse do erário, embora necessariamente dialoguem; não é uma ferramenta jurídica nova, mas o dissenso quanto ao seu uso pela administração ainda persiste. Frise-se a expressa previsão normativa da arbitragem: maior estabilidade versus o exercício unilateral das prerrogativas do estado e incremento da atividade cooperante.

Na contemporaneidade, o novo contexto de atuação conjunta dos setores público e privado merece destaque uma via de composição de conflitos. a valorização da arbitragem é o reflexo processual da importância do consenso, da parceria, no direito material. É importante conferir mais segurança jurídica na arbitragem na administração pública, por meio da edição de regulamentos internos de arbitragem administrativa, com apoio dos tribunais de contas, prescrevendo toda a regulamentação, inclusive das boas práticas.

A arbitragem contribui para aprimorar a governabilidade, aumentando a eficiência; trata-se de um mecanismo de prevenção e de controle contra o abuso do poder estatal, privilegiando a juridicidade; garante mais ampla e detida atenção a todos os interesses envolvidos, prestigiando a justiça; prestigia a legitimidade das decisões , tornando-as mais aceitáveis e facilmente obedecidas; estimula o campo do civismo, da pacificação racional; possibilita a intervenção de especialistas na matéria em litígio; desafoga o judiciário; concretiza a eficiência administrativa, ou seja, a expressão good governança, com soluções mais técnicas, céleres , especializadas, democráticas. E, além disso, atende ao ideal de pronta justiça, promove uma justiça de coexistência, o que leva à obtenção de um consenso, antes do que uma condenação, por meio de uma composição heterônoma.

Por outro lado, importante destacar que so cabe arbitragem no caso de direitos patrimoniais disponíveis, na forma das prescrições expressas em diploma legal (alienáveis, patrimoniais, instrumentais, segundo art. 1, da lei 9.307/96, alterada pela 13.129/15). A administração pública pode usar a arbitragem quando não envolver relações em que agem como poder público, insusceptíveis de transação. Destaca-se a diferença entre contrato administrativo

e contrato da administração (seguro, aluguel, quando não há controvérsia sobre a possibilidade de arbitragem).

Para alguns estudiosos da matéria e para o tribunal de contas da união, a ausência de autorização legislativa expressa e específica inviabiliza a arbitragem envolvendo o poder público (acórdãos 584/03 e 537/06). Para outra parte da doutrina e o STJ, STF, argumenta-se sobre a não necessidade de autorização legislativa, pois o art. 1 da lei 9.307 /96 já é uma autorização legislativa suficiente. Este é o entendimento que prevalece.

A Administração Pública pode se utilizar da arbitragem desde que a matéria controvertida seja relativa ao equilíbrio da equação econômico-financeira; ao cumprimento e interpretação das regras do próprio contrato firmado de rescisão; questões técnicas e, ainda, reflexos patrimoniais decorrentes da execução ou descumprimento do contrato firmado.

Cabe arbitragem, ainda, quando o interesse da administração é disponível, de modo que o poder público possa reconhecer como procedente a pretensão a ele oposta (reequilíbrio de contratos administrativos), disputas sobre cumprimento do contrato, inclusive consequências do descumprimento e disputas sobre pressupostos e decorréncias da extinção do contrato, revestidos de cunho patrimonial; e, se esse interesse tem conteúdo patrimonial, pode ser representado pecuniariamente, mesmo em caso de atos de autoridade(ex. encampação de concessão).

Pode-se destacar algumas objeções ao uso da arbitragem pela Administração Pública. Ela é incompatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público, corolário do princípio da legalidade, o art. 1, da lei 9.307/96, que só permite para direitos e interesses disponíveis; como ela é confidencial e sigilosa é incompatível com o princípio da publicidade dos atos e comportamentos administrativos; e a questão do princípio da legalidade, que prescreve a existência de autorização legislativa específica para que seja possível a pactuação de cláusula compromissória pela administração pública.

É certo que as vantagens e desvantagens da adoção do compromisso arbitral pela Administração Pública devem ser sopesadas caso a caso. Mas, defende-se a utilização da arbitragem, principalmente, nos seguintes temas: reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no contrato de concessão; reconhecimento de hipótese de inadimplemento contratual de qualquer das partes ou anuentes; cálculo e aplicação de reajuste previsto no contrato de concessão; acionamento dos mecanismos de garantia estipulados no contrato de concessão; valor de indenização no caso de extinção do

contrato de concessão; e inconformismo de qualquer das partes com a decisão da comissão técnica.

Em suma, o teste a ser feito é o seguinte: este poder, esta prerrogativa ou esta sanção é aplicável ao particular apenas porque ele firmou o contrato com a administração pública? Para todos os casos em que a resposta for afirmativa, poderão as partes prever a arbitragem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública traz consigo uma atribuição social, democrática, livre, em que o poder emana do povo e todos devem ser subordinados as normas jurídicas. A satisfação completa-se por meio dos seus agentes públicos, que no exercício de sua função praticam uma variedade de atos, com o intuito de satisfazer o interesse coletivo, principalmente, no que tange a execução de serviços públicos.

Neste sentido, com o intuito de dividir os poderes, e deixá-los harmônicos e independentes entre si, a Administração intitulou as atribuições específicas de cada. Em que o Legislativo tem a tarefa principal de fazer as leis; o Executivo em gerir toda a administração e visar interesses coletivos; e o Judiciário com a função de justiça, que se deve acordar sobre os princípios e normas jurídicas. E nesses novos paradigmas do conhecimento jurídico, pode-se inferir, na atualidade, a importância da utilização na arbitragem como instrumento de mediação na administração pública.

Num diálogo entre autores fundantes, foi possível compreender que o serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, mediante normas de controle estatal, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado. Ou seja, o Poder Público possui a titularidade dos serviços públicos, dispondo que tais serviços podem ser prestados de forma direta ou indireta. A ação do estado pode se dar, pelos serviços públicos e os contratos administrativos. Os serviços públicos podem estar relacionados a prestação direta, e a prestação indireta dos serviços, referido-se a delegação destes serviços por meio de contratos de concessão ou permissão.

Desta forma, além da conceituação de serviço público, foi necessário compreender a Administração Pública por um conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Para uma plena compreensão dos contratos administrativos, com suas características principais, e a presença de cláusulas

exorbitantes. A partir de tal descrição, foram feitas breves considerações sobre a utilização da arbitragem nas lides envolvendo a Administração Pública.

Destarte, adicionam-se a tal perspectiva, os paradigmas atuais do conhecimento jurídico e a contemporaneidade social, traduzidos pelo anseio dos cidadãos para a efetiva, plena e eficaz tutela de direitos na utilização de serviços públicos, bem como a desburocratização, ou até mesmo a redução de complexidade, e principalmente a excelência e constante melhoria dos serviços públicos. E fazendo uso da arbitragem na Administração Pública, prioriza-se o melhor interesse público, com a satisfação mais célere do cidadão, e economicidade para o Poder Público.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**. Barueri: Manole, 2006.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor**. 9 ed. Salvador: Juspodvim, 2014

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 13.460**. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, 26 de junho de 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.078**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.. Brasília, 11 de setembro de 1990.

BRASIL. **Lei nº 8.666**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 21 de junho de 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 1ª ed. Salvador: Juspodvim, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2013.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros.1993

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: RT, 2014.

RAWS, John. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000

ROSSI, Alf. **Direito e Justiça**.1ª ed. Bauru: EDIPRO, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014