Auloteca
de Direito Administrativo

Arbitragem e Administração Pública combinam?

Danilo Affonso de Moraes, Leonardo Schenk

1. CONHECENDO O BÁSICO

Arbitragem está prevista na Lei nº 9.307 de 1996 – Lei de Arbitragem e constitui um meio adequado de solução de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis que se coloca a escolha das partes. Na arbitragem, as partes submetem livremente a solução de seu conflito a um ou mais árbitros, que reunidos formam o chamado Tribunal Arbitral. Os árbitros são juízes de fato e de direito e a sua jurisdição se encerra com a prolação da decisão arbitral final.

Para submeter um litígio à arbitragem as partes devem firmar uma convenção de arbitragem, gênero do qual fazem parte a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória é mais comumente utilizada, pois é firmada em um contrato escrito antes da existência do conflito. Já o compromisso arbitral é pactuado após o surgimento do litígio.

A arbitragem é encerrada com a sentença arbitral final, que é irrecorrível. Não há possibilidade de provocar uma revisão do mérito do julgamento arbitral perante o Poder Judiciário. A sentença arbitral é vinculante entre as partes e constitui título executivo judicial, não dependendo da homologação pelo Poder Judiciário para produzir efeitos. A celeridade, a confidencialidade e um maior apuro técnico dos julgadores são as vantagens comumente atribuídas à arbitragem.

A constitucionalidade da Lei 9.307 foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal em 2001, encerrando uma série de debates sobre a existência ou não de violação à garantia da inafastabilidade da jurisdição estatal (STF, SE 5.206 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12.12.2001).

Entre os particulares a arbitragem se desenvolveu desde então e se consolidou. Com relação à Administração Pública, o caminho tem sido outro.

A ausência de previsão legal expressa autorizando a Administração Pública suscitou muitas dúvidas no passado. Havia, por exemplo, posição do Tribunal de Contas da União contrária à submissão dos litígios da Administração Pública à arbitragem (e.g. Acórdão 2.094/2009-TCU-Plenário).

O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, reconhecia a possibilidade do uso da via arbitral pela Administração Pública em certas circunstâncias (STJ, AgRg no MS nº 11.308/DF). Também o Supremo Tribunal Federal tinha manifestado posição nessa direção em 1973 (caso Lage, STF, AI nº 52.181/GB).

Apenas com a Lei 13.129 de 2015, que alterou a Lei de Arbitragem, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com uma previsão ampla autorizando a arbitrabilidade dos litígios da Administração Pública.

Ainda assim algumas dúvidas e questionamentos permaneceram.

O debate envolve a disponibilidade ou não do interesse público, a necessária publicidade dos atos envolvendo a Administração Pública e os potenciais riscos da maleabilidade do procedimento arbitral vis-à-

vis o princípio da legalidade.

Autorizada a participação da Administração Pública na arbitragem, o centro da discussão migrou para quais são os direitos que poderão ser por ela submetidos à decisão dos árbitros. A questão deixou de ser sobre a arbitrabilidade subjetiva (quem pode) e se centrou na arbitrabilidade objetiva (o que pode).

Volta à luz, portanto, a questão central da existência e dos limites da chamada indisponibilidade dos interesses da Administração Pública.

A proposta do presente Roteiro é a de guiar os estudantes em seus passos iniciais, desenvolvendo as suas habilidades e competências necessárias para que possam, por eles próprios, em seguida, pesquisar e participar desses debates.

Os textos e as atividades sugeridas inserem-se nesse contexto. Há muito mais a pesquisar, entender e aprimorar.

Está feito o convite. Vamos juntos.

2. ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na evolução do debate sobre a arbitrabilidade objetiva e a participação da Administração Pública na arbitragem, alguns estudos e decisões tiveram papel relevante.

Vale conhecer, em primeiro lugar, pela clareza das posições sobre a diferença entre a disponibilidade de direitos patrimoniais da Administração e a indisponibilidade do interesse público, o trabalho escrito em 2002 pelo Professor Eros Roberto Grau, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal:

Arbitragem e contrato administrativo

Por **Eros Roberto Grau**
Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 21, março de 2002

(...)

Um pesquisador atento e diligente poderá, todavia, facilmente verificar que não existe qualquer razão a inviabilizar o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado.

Aliás, os anais do Supremo Tribunal Federal dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como "caso Lage", no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicavam a navegação, estaleiros e portos.

A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal é de extrema importância porque reconheceu especificamente "*a legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda*". Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra de CASTRO NUNES e fez honra a acórdão anterior, relatado pelo Ministro AMARAL SANTOS.

Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da Administração, como, antes, é recomendável, posto que privilegia o interesse público. (...)

De todo modo, ainda que não exista impedimento absoluto ao uso da arbitragem pela Administração, é natural que nem toda matéria possa ser resolvida por essa via. A questão se transporta, então, para a definição do que possa e do que não possa ser objeto de arbitragem.

(...)

Em suma, é preciso não confundirmos o Estado-aparato com o Estado-ordenamento. Na relação contratual administrativa o Estado aparato [a Administração] atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular; ambos se submetem à lei [Estado-ordenamento]; ou seja, a Administração não exerce atos de autoridade no bojo da relação contratual.

(…)

Alcançada essa verificação, um último aspecto resta ainda a examinarmos, o relacionado à indisponibilidade do interesse público e à disponibilidade de direitos patrimoniais.

Cogitando dos contratos de direito público, em conferência pronunciada em São Paulo, em 9 de março de 1.977, ORLANDO GOMES diz serem eles: "*a) os que celebram entre si algumas pessoas jurídicas de direito público interno, tais como os estipulados entre a União e algum Estado-membro, entre unidades da federação, entre qualquer destas e um município_ ou entre municípios. Tais acordos se realizam para que as partes alcancem o mesmo fim; b) os que o Estado conclui com particulares ou outros entes públicos para a satisfação de interesses comuns, implicando disposição de direitos subjetivos patrimoniais (VIRGA),-o que não sucede com os acordos primeiramente enunciados; e) os contratos administrativos que se ajustam entre a Administração Pública e particulares para a execução e desempenho de atividade do Estado, de interesse geral, que este não pode ou não quer exercer diretamente*".

A exposição de ORLANDO GOMES, precisa e incisiva, como costumavam ser suas manifestações, tem as virtudes [i] de distinguir os contratos que a Administração celebra com particulares visando à atribuição, a estes, de funções próprias do Estado- a concessão de serviço público, v.g. – daqueles celebrados com particulares tendo em vista a satisfação de interesses comuns e [ii] observar que estes últimos implicam [=podem implicar] disposição de direitos subjetivos patrimoniais.

Essa derradeira observação assume fundamental importância, na medida que a doutrina tem tropeçado em injustificada confusão entre indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais.

Um e outro não se confundem.

Indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais

Para demonstrá-lo lembro, inicialmente, que indisponível é o interesse público primário, não o interesse da Administração.

Ensina RENATO ALESSI que os interesses públicos, coletivos, cuja satisfação deve ser perseguida pela Administração, não são simplesmente o interesse da Administração enquanto aparato organizacional autônomo, porém aquele que é chamado interesse coletivo primário. Este é resultante do complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade, ao passo que o interesse do aparato organizacional que é a Administração, se pode ser concebido um interesse, desse aparato, unitariamente considerado, será simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir no seio da coletividade e que podem ser realizados somente na medida em que coincidam, e nos limites dessa coincidência, com o interesse coletivo primário.

A distinção – fundamental e necessária – entre interesse público primário e interesse da Administração (interesse público secundário) também está pacificada entre nós.

Por certo é possível tomarmos como interesse da Administração o de pagar o mínimo a seus credores, com o que ela, Administração, permaneceria "mais rica". Mas esses interesses ·- interesses públicos secundários – diz ALESSI, "*possono essere realizzati sol tanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con I 'interesse collettivo primaria" – interesse como tal "non potrebbe esser realizzato se non in vista de lia coincidenza con !'interesse primaria, pubblico*"; ou, na dicção de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, esses interesses "*não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomaticamente os encarna e representa*."

De outro lado, a medida do interesse público é a legalidade.

Assim, é evidente que quando se afirma que a arbitragem se presta a "*dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*" isso não significa não possa, a Administração, socorrer-se dessa via visando ao mesmo fim. Pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.

Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum.

Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles.

Bem a propósito, as observações de ALESSI e de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, acima reproduzidas, permitem-nos salientar a circunstância de, v.g., realizar-se o interesse público na omissão, pela Administração, do uso de recursos judiciais meramente protelatórios, que se prestam unicamente a retardar, em benefício do interesse da Administração, secundário, o cumprimento de suas obrigações.

Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem. Retorno, à esta altura, às observações de THEMISTOCLES CAVALCANTI para afirmar que precisamente o fazendo a Administração estará a prestar acatamento ao interesse público.

O debate a respeito da juridicidade da solução, mediante arbitragem, de conflitos entre as partes nos "contratos administrativos" será, como se vê, facilmente espancado se um mínimo de reflexão vier a ser praticado em torno do núcleo da questão.

O Superior Tribunal de Justiça, em 2006, também havia decidido pela validade de cláusula compromissória firmada entre empresa privada e sociedade de economia mista, reconhecendo a necessidade de incentivar o uso da arbitragem para a solução dos litígios envolvendo direitos patrimoniais do Estado, e não o contrário.

Ao tempo da decisão, relatada pelo Professor Luiz Fux, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, o legislador ainda não havia alterado a Lei de Arbitragem, como visto acima.

STJ, AgRg no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 11.308 – DF (2005/0212763-0)

Relator **Ministro Luiz Fux**, Primeira Seção
Julgado em 28 de junho de 2006

EMENTA:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. (...)

3. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.

4**. O STF sustenta a legalidade do juízo arbitral em sede do Poder Público, consoante precedente daquela corte acerca do tema, in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro – dezembro de 2002, coordenada**

por Arnold Wald, e de autoria do Ministro Eros Grau, esclarece às páginas 398/399, in litteris: "*Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração.*" Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente coma Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min, Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público,"(…) (grifou-se)

5. Contudo, naturalmente não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada.

6. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.

7. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao "interesse público". Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

8**. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.**

9. Nesta esteira, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

10. Nestes termos, as sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.

11. Destarte, é assente na doutrina que "Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça." (grifou-se) (In artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", de autoria dos professores Arnold Wald, Atlhos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, página 418.)

12. Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras

públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais"

13. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 – "Caso Lage". Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrighi, DJ 18.08.1999, 14. Assim, é impossível desconsiderar a vigência da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC, que se aplicam inteiramente à matéria sub judice, afastando definitivamente a jurisdição estatal no caso dos autos, sob pena de violação ao princípio do juízo natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988).

15.É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem. Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003:

16. Deveras, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência. 17. Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência.

18. **Consequentemente, o fumus boni iuris assenta-se não apenas na cláusula compromissória, como também em decisão judicial que não pode ser infirmada por Portaria ulterior, porquanto a isso corresponderia verdadeiro "atentado" (art. 880 do CPC) em face da sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro.**

19. Agravo Regimental desprovido.

A clareza das posições doutrinárias e das decisões judiciais citadas acima não foram suficientes. O debate permanecia aberto. Com ele, também os riscos se faziam presentes. Não havia segurança jurídica para que os administradores lançassem mão da arbitragem.

De um lado, parte da doutrina insistia nos temas da indisponibilidade do interesse público e da vedação imposta pelo princípio da legalidade.

De outro, o Tribunal de Contas da União posiciona-se de forma contrária à utilização da arbitragem pelo Poder Público, com forte desestímulo à sua escolha pelos administradores, ainda que a arbitragem pudesse trazer vantagens para a Administração Pública.

TCU, Acórdão 2.149/2013

Relator Min. **Benjamin Zymler**
Plenário – TC 006.588/2009/8; Julgado em 14 de agosto de 2013

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. OBRIGATORIEDADE DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS EM LÍNGUA PORTUGUESA PARA A PRODUÇÃO DE EFEITOS NO PAÍS. CLÁUSULA ARBITRAL, POSSIBILIDADE DESDE QUE JUSTIFICADA TÉCNICA E ECONOMICAMENTE. CONTRATAÇÃO NO MODELO "TURN KEY", CONSIDERAÇÕES. PROVIMENTO PARCIAL. CIÊNCIA À RECORRENTE.

Trecho do voto:

(...)

22. Observo, pois, que o deslinde da questão passa pela natureza dos direitos objeto de contratação pela Petrobras.

23. Consoante o predominante entendimento doutrinário e jurisprudencial, não há que se confundir a indisponibilidade do interesse público com o interesse da administração. O primeiro é indisponível, o segundo não. Nesses termos, a precisa lição do Ministro Maurício Corrêa do Supremo Tribunal Federal (proferido quando da relatoria do RE 248869-1 – Tribunal Pleno – 07/08/1993): "8. A indisponibilidade de determinados direitos não decorre da natureza privada ou pública das relações jurídicas que lhes são subjacentes, mas da importância que elas têm para a sociedade. O interesse público de que se cogita é aquele relacionado à preservação do bem comum, da estabilidade das relações sociais, e não o interesse da administração pública em sentido estrito." (grifei)

24. Essa classificação entre interesse público e interesse da administração é também denominada por alguns autores de interesses públicos primários e secundários. O excerto, a seguir exposto, do voto do Ministro Luiz Fux, que fundamenta o AgRg 11308/DF, de 28/08/2006, 1ª Seção, do Superior Tribunal de Justiça, é elucidativo: "6. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau (…)

26. Desses entendimentos, conclui-se que, em regra, versam sobre direitos disponíveis os contratos administrativos perante os quais a administração está comprometida a uma contraprestação financeira em decorrência de fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços.

27. Assim, sob a estrita ótica da natureza do bem, poderia haver a estipulação de cláusula arbitral nos contratos administrativos.

28. Entretanto, de acordo com o princípio da legalidade a que está sujeita a administração pública, não vislumbro motivos para ser afastado os argumentos expendidos no bojo do TC 008.217/1993-9, quando o TCU, em sede de consulta formulada pelo então Ministro das Minas e Energia, manifestou-se no sentido que deve haver previsão legal para a aplicação do instituto da arbitragem em contratos administrativos (Decisão 286/1993-Plenário). Isso porque, consoante o seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 1099/2006-Plenário, "a Lei n.º 9.307/1996, que dispõe de modo geral sobre a arbitragem, não supre a necessária autorização legal específica para que possa ser adotado o juízo arbitral nos contratos celebrados". (grifei).

29. Esse parece ser também o entendimento do legislador que especificamente, de acordo com a natureza das avenças, permitiu, somente em determinas hipóteses, a instituição de cláusula arbitral em contratos administrativos. Assim, ocorre nos contratos de concessão de serviços públicos (art. 23-A da Lei 8.987/1995), de parceria público privada (art.11, inciso III da Lei 11.079/2004) e de transações, por parte de empresa estatal, de compra e venda de energia elétrica nos sistemas interligados (§ 4 do art. 20 da Lei 10.433/2002).

30. Ou seja, como regra geral, o compromisso arbitral não é cabível nos contratos administrativos, sendo as exceções objeto de específica disposição legal.

31. Há de se ver, contudo, a peculiar situação das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, as quais, consoante o disposto no inciso II do art. 173 da Constituição Federal, estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

32. Levando em conta esse fundamento constitucional, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de as sociedades de economia mista podem se utilizar da cláusula arbitral nos contatos em que fazem parte. Veja-se a respeito o seguinte trecho do voto do Ministro Luz Fux, proferido em sede do MS 11.308-DF (1ª Seção, de 09/04/2008): "12. As sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à

possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.” (grifei)

33. A ementa do REsp 612439/RS (Relator Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ 14/09/2006) também é elucidativa:

“PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.DIREITOS DISPONÍVEIS. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.” (grifei)

34. Ou seja, em que pese a ausência de disposição legal específica, principalmente a norma de que trata o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a possibilidade de utilização do instituto da arbitragem pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica ganha respaldo diretamente do texto constitucional.

35. Essa linha de entendimento, consistente no reconhecimento de que alguns procedimentos dessas empresas exploradoras de atividade econômica podem ser justificado diretamente do texto constitucional, não é nova nesta Corte de Contas. Nesse sentido, o decidido no bojo de consulta mediante o Acórdão 1390/2004–Plenário, quando se concluiu que a essas estatais cabe a incidência mitigada das normas de licitação nas hipóteses de contratações relacionadas às atividades-fim.

36. Entretanto, há que se considerar também que essas entidades são integrantes da administração pública e, portanto, além da submissão ao art. 173 da Constituição Federal, estão sujeitas também aos princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Dentre esses princípios, destaco os da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, eficiência e economicidade.

37. Desta feita, em que pese a jurisprudência do STJ não ter estabelecido limites para a utilização da cláusula arbitral – até porque a solução dos casos concretos não o exigiu – entende-se que a arbitragem somente deve ser utilizada em situações peculiares devidamente justificadas e de modo a se seguir a comprovada prática de mercado.

É interessante notar, a esta altura, uma silenciosa revolução paralela envolvendo o tema.

De forma paulatina o legislador federal passou a prever, em diversas leis, a possibilidade de utilização de arbitragem e outros meios adequados de solução dos conflitos pela Administração Pública.

Como exemplo, podemos citar o art. 23-A da Lei 8.987 de 1995, que passou a autorizar a arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos; o art. 11, inciso III, da Lei 11.079, de 2004, também autorizando a arbitragem nas parcerias público-privada; o §4º, do art. 20, da Lei 10.433, de 2002, relacionado à compra e venda de energia elétrica; e os arts. 151 a 154, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 2021.

Essas normas, em conjunto com diversas outras, estimuladas pelo amplo e franco debate doutrinário e também pelas divergências na jurisprudência, pavimentaram e expandiram o uso da arbitragem pela Administração Pública.

Nesse contexto, favorável às mudanças, observamos as alterações de cunho geral promovidas pela Lei nº 13.129 de 2015, que alterou a Lei de Arbitragem e passou a prever e a autorizar a arbitrabilidade dos litígios da Administração Pública.

LEI N.º 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.

Dispõe sobre a arbitragem.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei.

Capítulo I

Disposições Gerais

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. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.(Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

(...)

Atento às peculiaridades dos interesses públicos, o legislador vedou a decisão por equidade, impondo que a arbitragem seja de direito, e determinou a observância do princípio da publicidade.

A evolução legislativa provocou a evolução do entendimento do TCU. A partir do acórdão paradigma TC 000.723/2020-7, o Tribunal de Contas da União passou a reconhecer a legalidade de cláusulas arbitrais em contratos administrativos.

TCU, Acórdão 3.160/2020

Relator **Min. Vital do Rêgo**
Plenário – TC 000.723/2020-7; julgado em 25 de novembro de 2020

Relatório e voto do relator:

(...)

Lei 9.307/1996 – uso da arbitragem pela Administração Pública

39.A possibilidade jurídica do uso da arbitragem, denominada de arbitrabilidade, envolve duas perguntas iniciais: (i) quem pode lançar mão da arbitragem? (ii) quais assuntos podem ser levados à arbitragem? Por isso, a análise do uso da arbitragem pode ser dividida em dois aspectos: arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

40.Em relação à arbitrabilidade subjetiva, observa-se que a Lei 9.307/1996 passou a abranger tanto as instituições da administração pública direta como a indireta. Veja-se: 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.

41.O §1º do art. 1º da Lei de Arbitragem foi introduzido pela Lei 13.129/2015, que passou a admitir expressamente o uso da via arbitral para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis pela Administração Pública.

42.A alteração foi feita como uma tentativa de conferir maior segurança jurídica para o uso do instituto pela administração pública, uma vez que a falta de um marco regulatório no passado foi por muito tempo considerado o maior obstáculo à utilização do juízo arbitral para dirimir conflitos envolvendo contratos pactuados pelo Poder Público, inclusive os de concessão.

43.Isso porque, segundo Schmidt (2016), desde a edição da Lei de Arbitragem, muito se questionou quanto à possibilidade jurídica de uso do mecanismo na seara dos contratos administrativos, seja no âmbito doutrinário ou mesmo no âmbito dos principais órgãos administrativos e judiciais do país.

44.Assim, a administração pública indireta, como é o caso de uma agência reguladora, pode lançar mão da arbitragem para resolver conflitos em que faz parte. A norma, portanto, admite que mesmo uma agência reguladora solucione questões relacionadas nos contratos por ela celebrados pela arbitragem, cujo procedimento deve respeitar os ditames legais vigentes no país. Arbitrabilidade objetiva, direitos patrimoniais disponíveis e interesse público

45.Afirma o representante que a existência de decisões proferidas por tribunais arbitrais privados, tomadas sem se considerar toda a diversidade de situações e implicações institucionais e afastadas da fiscalização das agências reguladoras seria danosa ao interesse público.

46.Ocorre que, não há relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público. Tratar de direitos disponíveis, patrimoniais, significa valer-se da possibilidade de transferi-los a terceiros, porquanto alienáveis. Dentre os diversos atos praticados pela Administração muitos dispõem de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. Isso porque se a Administração Pública pode dispor de determinado interesse, por via transacional ou contratual, então pode submetê-lo ao juízo arbitral.

47.As expressões direito disponível ou indisponível comportam significados múltiplos. A “indisponibilidade” retrata a pura e simples impossibilidade de renúncia a determinado direito material ou ainda a impossibilidade de venda ou doação. No âmbito das relações patrimoniais privadas, em regra, os direitos materiais são disponíveis. Assim, e em princípio, o particular pode dar a um bem de sua propriedade o destino que desejar. Segundo o entendimento de Moreira Neto (2010), a Administração Pública titulariza posições jurídicas que são em grande medida “indisponíveis”, posto que, por força da aplicação do princípio republicano, a nenhum agente público é dado desfazer-se de bens públicos a seu bel-prazer.

48.É sabido que, na arbitragem, pode ocorrer que a decisão proferida pelo árbitro resulte em supressão de direitos para uma ou ambas as partes. Diante disso, seria possível questionar se poderia a administração pública abrir mão de um poder ou ceder em parte um direito para compor um conflito que surgiu dentro do contrato de concessão firmado com o particular.

49.Em função da especificidade dos serviços públicos, tal discussão ganha relevo, posto que os setores de infraestrutura são os maiores geradores dessa modalidade de controvérsias envolvendo disponibilidade de direitos. Isto se explica pelo uso intensivo de novas tecnologias, pela necessidade de concorrência entre empresas e busca de eficiência econômica pelos agentes privados que atuam no setor.

50.Os serviços públicos estão sob a responsabilidade do Estado, a quem cabe prestá-los ou outorgar a um terceiro. Em alguns setores, a tarefa de executar a outorga desses serviços à iniciativa privada compete às agências reguladoras criadas para este fim. São esses entes reguladores que modelam a concessão, estudam

e preparam as minutas dos editais e contratos e realizam os leiloes e, por fim, firmam os contratos de concessão com a iniciativa privada, a exemplo do que ocorre com a Antaq.

51.Ocorre que, tanto a Lei 8.987/1995 (Lei de Concessões) quanto as leis que instituíram as agências reguladoras, notadamente a Antaq, contêm dispositivos prevendo que as controvérsias oriundas dos contratos firmados com terceiros possam ser dirimidas de forma amigável.

52.Segundo Dallari (1996), a maioria dos problemas que surgem no direito das concessões são de ordem técnica referidos ao serviço ou à parte econômica. Tais controvérsias, portanto, não dizem respeito a interesses primários do Estado, que são protegidos pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. Pelo contrário, dizem respeito a interesses secundários que podem ser disponibilizados.

53.Quanto a esse ponto, cumpre ressaltar que o interesse público secundário tem caráter patrimonial não apenas quando seu objeto se reveste de valor econômico, mas também pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico. Tais fundamentos vêm ao encontro da ideia de que é plenamente possível o uso da arbitragem para dirimir controvérsias em torno de disposições de objeto e de conteúdo econômico financeiro no âmbito de contratos de concessão.

54.Deve se ressaltar que a Administração Pública, ao constatar que não tem razão em dado conflito, tem o dever de se submeter aos parâmetros da legalidade (CF, arts. 5º, inciso II, e 37, caput), bem como aos princípios da supremacia do interesse público e da moralidade administrativa. Dessa maneira, a atuação da Administração tem a obrigação de se pautar não só pelas regras legais, mas também por padrões éticos. Moreira Neto (2010) afirma que a submissão à arbitragem trata de imposição inerente à própria relação material de direito público: se o Estado constata que o particular tem um determinado direito em face dele, cabe-lhe dar cumprimento a esse direito.

55.A lealdade e a boa fé devem permear todos os seus atos, não lhe sendo lícito postergar, procrastinar a solução das questões em que está envolvida alegando, de forma irracional, a indisponibilidade dos interesses de que é curadora. Também o princípio da eficiência, previsto no art. 37, caput, postula em favor do uso da arbitragem, que viabiliza mais celeridade na composição das disputas.

56.Segundo entendimento de Oliveira (2010), o fato de a Administração Pública reconhecer o direito do privado em uma relação havida com este, não significa que está dispondo, “abrindo mão”, de um bem público quando dá cumprimento a direito alheio. O reconhecimento da razão do particular dá-se mediante devido processo administrativo; o cumprimento do dever junto ao particular precisará ser deferido pela autoridade administrativa competente.

57.Na convenção arbitral, os contratantes dispõem essencialmente sobre posições jurídico-processuais, uma vez que, em regra, eles podem optar por não provocar a jurisdição estatal. Assim, podem igualmente, de modo consensual, encontrar outro modo de solução para o conflito, que lhes pareça mais adequado às peculiaridades concretas da situação litigiosa. Com isso, na visão de Koerich (2017), estão exercitando sua liberdade, sua autonomia, mas não porque pretendam abrir mão de seu direito material, mas sim porque desejam um modo de solução alternativo ao judicial.

58.No âmbito da discussão trazida à tona pelo representante, o raciocínio acima pode ser aplicado, uma vez que se ao ente regulador compete a tarefa de executar a outorga desses serviços à iniciativa privada e também regular, fiscalizando, punindo ou decidindo fatos relacionados às suas atribuições regulatórias, ao levar uma lide para uma câmara privada de arbitragem, não estará abrindo mão de um bem público, mas tão somente dando cumprimento às permissões legais vigentes, que autorizam o uso da arbitragem em prol da aplicação de dispositivos constitucionais que primam pela eficiência, segurança jurídica e moralidade.

59.Existe, portanto, todo um aparato legal que confere possibilidade jurídica de utilização da arbitragem privada como mecanismo de resolução de conflitos nos contratos administrativos e especificamente nos contratos de concessão ou de arrendamentos portuários.

60.Nesse sentido, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997) estabelece que o contrato de concessão deverá indicar "o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais" (art. 93, inciso XV). A Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo) preconiza que são cláusulas essenciais, nos contratos de concessão do setor de óleo e gás, aquelas que dispõem "sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional" (art. 43, inciso X). Também, a Lei 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) esclarece que devem constar, obrigatoriamente, dos contratos de concessão, como cláusulas essenciais, as "regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem" (art. 35, inciso XI). As normas em comento preveem a possibilidade de uso da arbitragem sem distinção entre câmaras públicas ou privadas

61.Desse modo, no caso dos contratos de concessão, bem como nos contratos de arrendamento no setor de portos, o fato de uma agência reguladora levar uma determinada questão para uma arbitragem privada não põe em xeque a indisponibilidade do bem público que é objeto do contrato firmado. Trata-se apenas do uso de uma faculdade que lhe é conferida pelas normas constitucionais e legais vigentes para dar cumprimento ao direito do particular de ver um litígio sendo solucionado com base na eficiência, celeridade, imparcialidade e moralidade.

(…)

CONCLUSÃO

(…)

129. Foi demonstrado que a arbitragem é um instrumento de política pública que tem o efeito de aumentar a segurança jurídica e melhorar o ambiente institucional da desestatização da infraestrutura no Brasil, bem como que as normas insculpidas pelo Decreto 10.025/2019, inclusive as que dispõem acerca da utilização de câmaras arbitrais através de prévio cadastramento junto à AGU, apenas regulamentam as disposições legais veiculadas pela (i) Lei 9.307/1996 (Lei da Arbitragem); (ii) Lei 8.987/1995, que autoriza o uso da arbitragem em contratos de concessão; e (iii) Lei 12.815/2013, que permite o uso da arbitragem na solução de conflitos no setor portuário.

130. Verificou-se que a Lei 9.307/1996 admite que a administração pública indireta, conceito no qual se inclui uma agência reguladora, solucione questões relacionadas nos contratos por ela celebrados para a arbitragem, cujo procedimento deve respeitar os ditames legais vigentes no país, iniciando-se pela Constituição Federal, que oferta uma ampla gama de garantias como o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), a ampla defesa e o contraditório processual, a igualdade das partes, a motivação e fundamentação de todas as decisões que conferem validade e legitimidade a uma decisão arbitral proferida por uma câmara privada.

131. Some-se a isso o fato de que o legislador constitucional preconiza a resolução de controvérsias de modo adequado e célere, de modo a assegurar o acesso à Justiça, a duração razoável do processo e o respeito pleno ao devido processo legal (art. 5º, incisos XXXV, LIV, LV e LXXVIII, da Constituição Federal) e ainda os primados de economicidade e eficiência administrativa (art. 37, da Constituição Federal), em um contexto de crescente modernização e reforma do Estado e mudanças de paradigmas no Direito Administrativo. (…)

Como arremata do quadro evolutivo – ao menos por ora, porque ainda há muito a revelar e esclarecer –, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos também dedicou Capítulo específico aos Meios Alternativos de Resolução das Controvérsias, dentre eles a arbitragem:

LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021

Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

(...)

CAPÍTULO XII

DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Voltando à doutrina, os referidos arts. 152 e 154 receberam os seguintes e valiosos comentários da pena do Professor Marçal Justen Filho:

Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas

Por **Marçal Justen Filho**
São Paulo, Thomson Reuters, 2021

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

COMENTÁRIOS

1) A distinção entre arbitragem de direito e de equidade

A legislação pertinente à arbitragem estabelece que a atuação do árbitro pode ser norteada pelo direito ou pela equidade. A extensão da distinção envolve grandes dificuldades.

2) A arbitragem de direito

A arbitragem de direito significa o dever de composição do litígio tomando em vista a disciplina jurídica adotada. Trata-se de aplicar o ordenamento jurídico à situação correta.

3) A obrigatoriedade da arbitragem de direito

No tocante a litígios relativos a contratações administrativas, é vedada a adoção de arbitragem por equidade.

4) A garantia da publicidade

No setor privado, é usual a previsão do sigilo no tocante aos processos e às decisões arbitrais.

No entanto, a publicidade inerente à atividade administrativa não é compatível com a manutenção do sigilo das ações e omissões relativas às controvérsias de que participe a Administração Pública.

Mas essa exigência de publicidade é exigível do litigante público. Ou seja, não cabe ao árbitro dar ao conhecimento generalizado as suas decisões. Ninguém é autorizado a exigir que o árbitro, ou a câmara arbitral que administrar o processo arbitral, divulgue os eventos verificados no curso de uma arbitragem.

Os interessados dispõem da faculdade de exigir que a entidade administrativa divulgue os eventos a ela pertinente. Isso compreende inclusive aqueles ocorridos no bojo de um processo arbitral.

(...)

Art. 154.O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

COMENTÁRIOS

1) Os árbitros e a instituição arbitral não prestam serviços às partes

Os árbitros e a instituição arbitral se encontram em face das partes na mesma situação em que se encontra o Poder Judiciário.

(...)

A atribuição do poder jurídico de compor o conflito não configura um vínculo contratual entre os litigantes e o sujeito encarregado de conduzir o processo e decidir o litígio. Ninguém ousaria defender a tese de que existiria um contrato de prestação de serviços entre o sujeito que é parte num processo judicial e o magistrado ou o cartório encarregado das atividades de apoio ao juízo.

1.2) Atividade arbitral e ausência de contrato

O mesmo entendimento se aplica no tocante ao relacionamento entre as partes e os árbitros e a instituição arbitral.

Os árbitros são investidos de uma atribuição, consistente no desempenho de uma função jurisdicional não estatal.

Essa atuação não se traduz na execução de uma prestação destinada a integrar-se no patrimônio das partes. Julgar o litígio não é um "serviço" – ao menos, não o é na acepção em que a expressão é utilizada no âmbito das contratações administrativas.

1.3) A imparcialidade

Enfim, um dos requisitos fundamentais exigidos do árbitro é a imparcialidade. Isso significa a ausência do estabelecimento de um vínculo jurídico de natureza contratual entre a parte e o sujeito investido da condição de árbitro. Existe a imparcialidade, antes de tudo, pela ausência da condição de parte num relacionamento direto com o sujeito que ocupa um dos polos do litígio.

2) A indicação de árbitro e instituição arbitral

A consideração anterior é relevante para evitar a tendência a considerar a indicação do árbitro como um contrato administrativo disciplinado pela Lei 14.133/2021.

Não há contrato administrativo nem com o árbitro nem com a instituição arbitral. Não se cogita de licitação justamente por isso.

Anote-se que nem seria o caso de inexigibilidade de licitação. A hipótese redundaria, se aplicada, na incidência do regime jurídico próprio dos contratos administrativos. Isso seria um total despropósito.

3) A escolha do árbitro e da instituição arbitral

A Administração tem o ônus de indicar o árbitro, quanto instaurada a arbitragem. Essa escolha não dependerá de licitação e resultará de uma avaliação discricionária. Idêntica consideração se aplica relativamente à escolha da instituição arbitral. A indicação de árbitro e instituição arbitral é um ato jurídico unilateral, que traduz uma avaliação da Administração quanto à solução mais satisfatória e adequada.

(...)

6) Os critérios de escolha

A Administração tem o dever de realizar a escolha da instituição arbitral e do árbitro segundo critérios técnico-jurídicos.

É obrigatória a escolha de uma instituição arbitral dotada de confiabilidade, respeitada no mercado e que seja reconhecida por sua atuação eficiente e satisfatória. Para fundamentar a sua decisão, a Administração deve recorrer aos especialistas do setor, especialmente para evitar escolher entidade destituída de experiência e (ou) sem condições de assegurar o desenvolvimento satisfatório da arbitragem. (...)

O debate não está esgotado.

Em recente decisão, envolvendo a Petrobras e a arbitrabilidade das cláusulas do Estatuto da companhia, o Superior Tribunal de Justiça negou a utilização da arbitragem, reconhecendo haver, para o tema, uma reserva de jurisdição estatal.

STJ, Conflito de Competência nº 151.130/SP

Relatora **Ministra Nancy Andrighi**, relator para acórdão **Ministro Luis Felipe Salomão**
Segunda Seção; Julgado em 27.11.2019

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARBITRAGEM OU JURISDIÇÃO ESTATAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ART. 58 DO ESTATUTO SOCIAL DA PETROBRAS. SUBMISSÃO DA UNIÃO A PROCEDIMENTO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. DISCUSSÃO ACERCA DA PRÓPRIA CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA DA CLÁUSULA AO ENTE PÚBLICO. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA JURISDIÇÃO ESTATAL. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL OU ESTATUTÁRIA. PLEITO INDENIZATÓRIO COM FUNDAMENTO NA DESVALORIZAÇÃO DAS AÇÕES POR IMPACTOS NEGATIVOS DA OPERAÇÃO "LAVA JATO". PRETENSÃO QUE TRANSCENDE AO OBJETO SOCIETÁRIO.

1.**No atual estágio legislativo, não restam dúvidas acerca da possibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta, bem como da arbitrabilidade nas relações societárias, a teor das alterações promovidas pelas Leis nº 13.129/2015 e 10.303/2001.**

2. **A referida exegese, contudo, não autoriza a utilização e a extensão do procedimento arbitral à União na condição de acionista controladora da Petrobrás, seja em razão da ausência de lei autorizativa ou estatutária (arbitrabilidade subjetiva), seja em razão do conteúdo do pleito indenizatório que subjaz o presente conflito de competência na hipótese, o qual transcende o objeto indicado na cláusula compromissória em análise (arbitrabilidade objetiva).**

3. Nos exatos termos da cláusula compromissória prevista no art. 58 do Estatuto da Petrobras, a adoção da arbitragem está restrita "às disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei n° 6.404, de 1976, neste Estatuto Social".

4. Em tal contexto, considerando a discussão prévia acerca da própria existência da cláusula compromissória em relação ao ente público – circunstância em que se evidencia inaplicável a regra da "competência-competência" – sobressai a competência exclusiva do Juízo estatal para o processamento e o julgamento de ações indenizatórias movidas por investidores acionistas da Petrobrás em face da União e da Companhia.

5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal suscitado.

(CC n. 151.130/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 27/11/2019, DJe de 11/2/2020.)

3. DEBATENDO

É chegada a sua vez de participar.

Pesquise doutrina e jurisprudência atuais sobre os temas anunciados no presente Roteiro. Converse com professores e outros profissionais da área. E compartilhe os achados com todos.

1. Afinal, atualmente a arbitragem e a Administração Pública combinam?
2. Quais decisões do Supremo Tribunal Federal foram relevantes para o fortalecimento da arbitragem no Brasil?
3. Quais são as principais vantagens da arbitragem? E as desvantagens?
4. A submissão dos litígios da Administração Pública à arbitragem era permitida antes da Lei nº 13.129 de 2015?
5. O que é arbitrabilidade subjetiva? Ainda há dúvidas sobre a participação da Administração Pública na arbitragem?
6. O que é arbitrabilidade objetiva? Quais são os debates envolvendo os interesses da Administração Pública e a arbitragem?
7. A distinção entre interesse público primário e secundário ainda permanece válida? Essa dicotomia interfere na submissão dos interesses da Administração Pública à arbitragem?
8. Há previsão legislativa expressa autorizando a arbitrabilidade objetiva de alguns interesses envolvendo a Administração Pública?
9. O que a Administração Pública pode contratar ela também pode submeter à arbitragem?
10. Explique a evolução dos fundamentos utilizados nas decisões que avaliaram a participação da Administração Pública no procedimento arbitral.
11. Por que o legislador vinculou a Administração Pública à arbitragem de direito?
12. Por que a Lei 14.133 de 2021, conhecida como a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, estimula o uso de meios alternativos de resolução de conflitos?

4. APROFUNDANDO

BARALDI, Eliana B., Capítulo 2 – Arbitragem e contratos com a administração Pública, In: CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Rento Rezende. A reforma da arbitragem. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Rento Rezende. A reforma da arbitragem. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96. 4ª Ed., rev. atu. e amp. São Paulo, Atlas, 2023.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Administração Pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública*. Revista Brasileira de Arbitragem, ano XIII, v. 51, Jul-Set/2016.

CUÉLLAR, Leila, MOREIRA, Egon Bockmann, GARCIA, Flávio Amaral, CRUZ, Elisa Schmidlin. Direito Administrativo e *Alternative Dispute Resolution*: arbitragem, *dispute board,* mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 21, março/2002. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/72370. Acesso em: 1 nov. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas, São Paulo, Thomson Reuters, 2021.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo, Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Arbitragem nos contratos da Administração Pública. Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 101-123, jan./jun. 2019.

SCHMIDT, Gustavo. Arbitragem e Administração Pública. 1. ed. São Paulo: Editora, 2012.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coords.). Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

https://www.auloteca.com.br/arbitragem-e-administracao-publica-combinam/