



Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito da
Regulação

Daphnee Etchebehere de Souza Pinto Braga Mendes

A Arbitragem nas sociedades de economia
mista - Análise do posicionamento do
Tribunal de Contas da União

BRASÍLIA
2012

Daphnee Etchebehere de Souza Pinto Braga Mendes

**A Arbitragem nas sociedades de economia
mista - Análise do posicionamento do
Tribunal de Contas da União**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Prof.^a Dulce Donaire de M. e Oliveira Furquim

**BRASÍLIA
2012**

Daphnee Etchebehere de Souza Pinto Braga Mendes

**A Arbitragem nas sociedades de economia
mista - Análise do posicionamento do
Tribunal de Contas da União**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Prof.^a Dulce Donaire de M. e Oliveira Furquim

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Dedico esta monografia especialmente ao meu filho Heitor, hoje em meu ventre, para que no futuro possa se inspirar e se orgulhar da minha trajetória acadêmica e profissional.

Agradeço aos meus pais,
familiares e amigos
que contribuíram direta ou
indiretamente para a
concretização de mais este
projeto na minha
vida. Em especial, agradeço
à Professora
Dulce Donaire de M. e
Oliveira Furquim, pelo
indescritível auxílio e
orientação, e ao meu
amado marido, Andrei Braga
Mendes, pelo
incansável apoio e
dedicação.

“Faça o necessário, depois o possível e de repente você estará fazendo o impossível.”
(São Francisco de Assis)

RESUMO

A arbitragem é um método heterocompositivo para a solução de conflitos de interesse, por meio do qual as partes conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução imparcial do litígio, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. A presente monografia objetiva realizar uma análise do entendimento atual do Tribunal de Contas da União a respeito do instituto da arbitragem, visando fomentar as discussões jurídicas a respeito de sua aplicação no âmbito das sociedades de economia mista. Na análise, buscou-se abranger as características e vantagens do método arbitral de solução de divergências, a legislação de regência e os posicionamentos adotados na doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores quanto à adoção do método arbitral no âmbito dos contratos celebrados pela Administração Pública, seja direta ou indireta. Após o cotejo dos diversos pontos em estudo, restou demonstrado que os principais óbices apresentados pelo Tribunal de Contas da União para sustentar a inviabilidade da arbitragem no âmbito dos contratos celebrados pelas sociedades de economia mista são passíveis de superação pelos argumentos apontados na doutrina e na jurisprudência, abrindo-se, assim, a possibilidade de revisão do entendimento da Corte de Contas.

Palavras-chave: Arbitragem. Solução de conflitos. Administração Pública. Sociedades de economia mista. Legalidade. Direito Disponível. Tribunal de Contas da União.

ABSTRACT

Arbitration is a method for the solution of conflicts of interest, through which the conflicting parties seek a third person, in his confidence, the solution of the dispute impartially, without intervention of the judiciary. This monograph aims to carry out a review of current understanding of the Court of Audit regarding the concept of arbitration, in order to promote the legal discussions about their application in the context of joint stock companies. The analysis sought to cover the features and advantages of the method of arbitration for the settlement of disputes, the rules of conducting and the positions adopted in the doctrine and jurisprudence by higher courts as to the adoption of the method of arbitration in contracts for Public Administration, is directly or indirectly. After comparison of several points in the study, demonstrated that the left main obstacles presented by the Court of Audit to sustain the viability of arbitration under the contracts concluded by the joint stock companies are capable of overcoming the arguments raised in the doctrine and jurisprudence, opening thus the possibility of revising the view of the Court of Auditors.

Keywords: Arbitration. Conflict resolution. Public Administration. Joint stock companies. Legality. Available right. Court of Audit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 A ARBITRAGEM.....	11
1.1 Conceito e características principais.....	12
1.2 Natureza jurídica.....	14
1.3 Métodos de solução de conflitos	16
1.3.1 Conciliação.....	17
1.3.2 Mediação	17
1.3.3 Negociação.....	18
1.4 Vantagens	18
1.5 Limites à solução arbitral	21
2. A ARBITRAGEM NA LEGISLAÇÃO	23
3 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	32
4 A ARBITRAGEM E OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO...37	
5 ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.....	46
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

A presente monografia aborda a utilização da arbitragem no âmbito das sociedades de economia mista e faz a análise dos obstáculos apontados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) acerca, fazendo-se ainda um cotejo das decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), da legislação e da doutrina.

É certo que a sociedade de economia mista possui natureza jurídica de direito privado¹, seja ela prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica, na lição da doutrina administrativista.

Contudo, por se tratar de entidade integrante da Administração Pública indireta, suas atividades estão ainda engendradas fortemente pela regência de normas de direito público, como, por exemplo, a necessidade de concurso público para contratar seus empregados, a observância da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/1993), além da obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (inteligência do artigo 37 da Constituição Federal de 1988).

Desta forma, revela-se bastante inquietante a ideia de obstar a arbitragem às relações jurídicas (principalmente atos negociais) praticadas por sociedades de economia mista, tal como faz o TCU no exercício do controle externo.

O mote para a utilização da arbitragem pelas sociedades de economia mista está nas vantagens por ela oferecidas em relação ao sistema tradicional pela via judicial, pois, embora não seja peremptoriamente insuscetível de falhas (nem o Judiciário o é), tal meio possibilita rápida e eficaz solução de conflitos de interesses, conferindo a pessoas capazes a opção para solucionar embates relacionados a direitos disponíveis.

¹ José Cretella Júnior ensina que as sociedades de economia mista são entidades de direito privado e que, portanto, “não se incluem entre as *peças públicas*, já que disciplinadas pelo direito mercantil e comercial”, aduzindo ainda que “o assunto foi simplificado pelo Decreto-Lei nº 200/1967 que, em seu art. 5º, I, definiu a *sociedade de economia mista* como ‘entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para o *exercício de atividade de natureza mercantil*, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade de Administração Indireta” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 49/51).

Apesar das vantagens, como dito, remanesce ainda grande celeuma no âmbito da Corte de Contas quanto à possibilidade da Administração Pública² lançar mão desse instituto. E o desafio do presente trabalho de pesquisa é justamente enfrentar os argumentos do TCU, propondo, até mesmo, soluções suficientes para dirimir a questão e pacificar o entendimento.

A pesquisa sobre o tema conta com a análise da doutrina e da jurisprudência dos tribunais superiores, em que prevalece o entendimento de que a arbitragem é método viável à resolução de conflitos que envolvam a Administração Pública, sempre que a questão envolver interesses disponíveis. Porém, poucos debatem o freio que o TCU acaba criando na conduta de muitos gestores de empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), sobretudo os que atuam no mercado concorrencial.

Para facilitar a compreensão do assunto, o trabalho está estruturado da seguinte forma. Primeiramente, são abordados aspectos gerais sobre a arbitragem (conceito e a natureza jurídica), bem como são comparados outros métodos para solução de conflitos de interesses, a fim de se explicitar quais as vantagens da utilização do instituto. Posteriormente, é analisada a legislação que trata o assunto, em especial a Lei n. 9.307/1996. Como ponto nodal do trabalho, são enfocados os obstáculos indicados pelo TCU para admissibilidade da arbitragem no âmbito da Administração Pública. Prosseguindo, são colacionados os entendimentos dos tribunais superiores – STJ e STF e da doutrina acerca do assunto, finalizando-se com propostas para transposição dos óbices apontados.

Desta forma, pretende-se que o objetivo principal da pesquisa seja atingido, obviamente sem a pretensão esgotar o tema, mas sim evoluir o estudo do entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do instituto da arbitragem e da possibilidade de sua utilização para resolução de conflitos de interesse envolvendo direitos disponíveis das sociedades de economia mista.

² Incluídas no conceito de Administração Pública também as sociedades de economia mista.

1 A ARBITRAGEM

A arbitragem, como método de solução de conflitos, não foi inserida no ordenamento jurídico pátrio somente com a publicação da Lei n. 9.307/1996, a chamada Lei de Arbitragem.

Fazendo uma análise mais recente, pode-se constatar que os Códigos Civil (Lei n. 3.071/1916) e de Processo Civil (Lei n. 5.869/1973) já estabeleciam regras inerentes à utilização da arbitragem, antes mesmo de atual lei entrar em vigor³, que revogou por completo tais disposições⁴.

Além das disposições dos Códigos Civil e de Processo Civil, outras leis também previam a utilização do método arbitral, inclusive no âmbito da Administração Pública, como, por exemplo, o Decreto-Lei n. 1.312/1974⁵.

Muito embora já houvesse a autorização para utilização do referido instituto, é preciso ressaltar que a chamada Lei de Arbitragem, em vigor a partir de 23.11.1996, introduziu alterações significativas nos regramentos até então observados, facilitando a consolidação de sua aplicação no país⁶.

Ademais, a atual lei preocupou-se com os parâmetros básicos para a utilização da arbitragem de forma segura, com respeito aos princípios norteadores do processo, a fim de que a celeridade não se tornasse simples retórica ou até mesmo um sinônimo de arbitrariedade e injustiça.

Conquanto a arbitragem não fosse uma novidade, à primeira vista, a Lei n. 9.307/1996 causou certo sobressalto aos magistrados, chegando-se ao ponto, até mesmo, de ser questionada incidentalmente, no Supremo Tribunal Federal, a sua

³ Publicada no DOU de 24/9/1996, com entrada em vigor 60 dias após a publicação.

⁴ Art. 44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.

⁵ Art. 11. O Tesouro Nacional contratado diretamente ou por intermédio de agentes financeiro poderá aceitar as cláusulas e condições usais nos operações com organismos financiadores internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos referidos contratos

⁶ Antes da Lei 9.307/1996, o Código Civil e o Código de Processo Civil, apesar de conferirem certa legitimidade ao juízo arbitral, ainda continham restrições, como era o caso da necessidade de submissão do laudo arbitral à homologação judicial.

constitucionalidade, conforme será explicitado adiante. Equivocadamente, alguns magistrados deviam estar enxergando a ideia de monopólio da jurisdição como de monopólio da justiça.

O certo é que, apesar da resistência de determinados setores, como inicialmente havia por parte do judiciário, atualmente verifica-se que há uma forte tendência no direito brasileiro em privilegiar outras *modalidades de soluções não jurisdicionais dos conflitos ou meios alternativos de pacificação social*.

Neste contexto, além da arbitragem, apresentam-se diversos métodos adequados para solução de conflitos, tais como: i) a conciliação; ii) a mediação; e iii) a negociação.

Considerando que a arbitragem encontra-se no foco do presente trabalho de pesquisa e buscando evitar qualquer tipo de confusão entre tal instituto e os demais, cabe destacar o seu conceito e a sua natureza jurídica, bem como as suas principais características e vantagens para solução de conflitos.

1.1 Conceito e características principais

Pode-se conceituar a arbitragem como método de heterocomposição, que representa uma técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução imparcial do litígio, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Carlos Alberto Carmona conceitua a arbitragem da seguinte forma:

(...) uma técnica para solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas, que recebem seus poderes de uma convenção privada proferindo, com base nesta convenção e sem intervenção do Estado, uma decisão destinada a adquirir eficácia de sentença judicial .

8

Já Scavone Júnior, em sua obra *Manual de Arbitragem*, define tal instituto da seguinte forma:

⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 31.

⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*, p.19.

A arbitragem pode ser definida como o meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes a direitos patrimoniais e disponíveis através do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral .⁹

Pelo que se depreende, trata-se de mecanismo para solução de controvérsias, ao qual as partes (pessoas físicas ou jurídicas), livre e voluntariamente (a lei não obriga a opção pela arbitragem) se submetem, elegendo uma terceira pessoa que proferirá decisão definitiva para solução da controvérsia, envolvendo direitos patrimoniais disponíveis existente entre elas.

É importante ressaltar que a arbitragem tem como pedra de toque a confiança, que juntamente com a liberdade – já que as partes podem escolher livremente quem solucionará seus conflitos – formam os seus dois postulados bases.

A confiança confere ao mundo econômico – que é dinâmico e veloz – a possibilidade de trabalhar com a presvivibilidade contratual. Significa dizer, que a opção pela arbitragem é parte integrante do equilíbrio econômico-financeiro de contratos, por possibilitar mais celeridade, com informalidade.

Scavone Júnior apresenta exemplo capaz de ilustrar a necessidade de previsibilidade nos contratos:

Imaginemos, como exemplo, que uma empresa exportadora de suco de laranja pretenda adquirir, de grande produtor rural, sua próxima safra de laranjas, tendo em vista as previsões de incremento do mercado no ano vindouro.

Em razão dessa necessidade, a empresa exportadora celebra um contrato de compra e venda de safra futura do produtor rural.

Suponhamos que uma das cláusulas preveja que eventual quebra da safra, desde que o produtor tenha tomado determinadas providências de ordem técnica, será suportada pelo comprador, que se obriga, assim a pagar integralmente o preço pela quantidade mínima estabelecida.

Verificada a quebra da safra, as partes podem, em razão da interpretação do contrato, se colocar diante de um impasse, ou seja, o vendedor não concorda com o recebimento do preço por valor inferior ao que foi contratado e o comprador pretende pagar o valor pela safra efetivamente entregue, com a legação de inobservância, por parte do vendedor, da cláusula que o obrigava a tomar as providências determinadas no contrato.

⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem*, p.15

Diante do fato, se não houver cláusula arbitral, o litígio em torno da entrega da safra e do valor pode levar anos para encontrar solução junto ao Poder Judiciário.

Será necessária uma petição inicial, a citação, uma contestação, a produção de prova pericial, audiência de conciliação, audiência de instrução e julgamento, sentença, eventuais embargos de declaração, apelação com efeito suspensivo, contra-razões ao recurso de apelação, acórdão, eventualmente os embargos infringentes, embargos de declaração novamente, recursos especial e extraordinário, eventual agravo da decisão que nega seguimento a esses recursos, decisão do relator dos recursos nos tribunais superiores com eventual agravo regimental, embargos de declaração novamente e embargos de divergência, entre outros recursos.

Por outro lado, se houver cláusula arbitral, significa que previamente, as partes concordam em levar o litígio à solução de um árbitro ou de um tribunal arbitral, de tal sorte que a solução será rápida, informal e virá em tempo abissalmente menor que aquele necessário para a solução judicial.

Ao final, de qualquer forma, o resultado será um título executivo judicial.

10

Diante dos conceitos e do exemplo apresentados, podem ser destacadas sete características fundamentais da arbitragem, quais sejam: i) voluntariedade na opção pela consensualidade; ii) a heterocomposição (solução exarada por terceiro); iii) definitividade (substitui o processo judicial de conhecimento); IV) celeridade (procedimento notadamente mais célere); V) especialização (o árbitro especialista na matéria controvertida ou no objeto contratual); VI) informalidade (não há no procedimento arbitral a formalidade existente no procedimento judicial) e; VII). irrecorribilidade (a decisão arbitral não é passível de recurso).

Muitas destas características, conforme será abordado adiante, são consideradas vantagens da utilização da arbitragem em relação a outros métodos. Pode-se dizer, até mesmo, que algumas características representam verdadeiras garantias para o alcance da solução adequada do conflito.

1.2 Natureza jurídica

Quanto à natureza jurídica do instituto da arbitragem, Carreira Alvim esclarece que ainda não há uma definição:

Não é pacífica, na doutrina, a natureza jurídica da arbitragem, formando-se, a esse respeito, três correntes: a) uma privatista (ou contratualista, com

¹⁰ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem*, p. 16.

Chiovenda à frente; b) outra, publicista (ou processualista) comandada por Mortara; c) intermediária (ou conciliadora), tendo como expoente Carnellutti.

A primeira corrente relega o procedimento arbitral, por inteiro, à esfera contratual, e os árbitros só podem dispor sobre o “material lógico” da sentença, que restaria na esfera da atividade privada, e que o juiz através do decreto de exequibilidade, transforma numa sentença, consistente no somatório de um juízo lógico e de um comando.

A segunda corrente vê na convenção arbitral – que é um negócio jurídico privado – a fonte dos poderes dos árbitros, ou, antes, da vontade das partes, mas é a vontade da lei que lhes permite celebrá-la. Em outros termos, sobrelevam ‘o aspecto processual do contrato de compromisso, cujo principal efeito seria a derrogação das regras de competência estatais, acentuando a identidade entre o laudo proferido pelo árbitro e a sentença emanada do juiz togado.

A terceira corrente sustenta, de um lado, que a decisão do árbitro não é uma sentença, porquanto precisa do decreto de exequibilidade (não só para ser executiva, mas também para ser obrigatória); de outro, o árbitro e o juiz concorrem para a formação da decisão de controvérsia, o que evidencia que a sentença (e também o juízo) é constituída tanto pelo laudo como pelo decreto do juiz.¹¹

Embora possa admitir que, no âmbito internacional, não há uma definição quanto à natureza jurídica da arbitragem, o mesmo autor conclui que, nacionalmente, a arbitragem possui natureza jurisdicional, sobretudo, depois da publicação da Lei n. 9.307/1996. Neste sentido, para o mencionado autor, o viés contratualista do instituto ficaria relegado à sua origem, considerando que tem nascedouro na vontade das partes¹².

Theodoro Júnior também reconhece o cunho jurisdicional da arbitragem ao declarar que:

Se no regime anterior à Lei nº 9.307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística.¹³

Para o mencionado doutrinador, ao imprimir força obrigacional à sentença arbitral, conferindo-lhe os mesmos efeitos de uma sentença do Poder Judiciário, a Lei n. 9.307/1996 adotou inquestionavelmente a corrente jurisdicional.

Neste mesmo sentido, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça fez

¹¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Direito Arbitral*, p. 37.

¹² ALVIM, José Eduardo Carreira. *Direito Arbitral*, p. 46.

¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v.III, p. 373.

referência à natureza jurídica da convenção de arbitragem nos seguintes termos:

Da definição do instituto, exsurge o caráter híbrido da convenção de arbitragem, na medida em que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário. ¹⁴

Consoante se constata, a doutrina e jurisprudência convergem quanto à natureza jurídica da arbitragem, entendendo revestir-se de caráter jurisdicional, sobretudo após a edição da Lei n. 9.307/1996.

1.3 Métodos de solução de conflitos

O objeto do presente estudo está diretamente relacionado ao debate sobre a utilização de forma diversa da jurisdição estatal para a resolução de divergências em que a Administração Pública seja parte.

Os métodos alternativos de solução de controvérsias (conciliação, mediação, arbitragem e negociação) têm demonstrado, cada vez mais, sua capacidade de proporcionar àqueles que os utilizam grandes vantagens se comparados aos métodos tradicionais, administrativos ou judiciais, tais como: celeridade, eficácia, custos reduzidos¹⁵ e especialização das soluções.

Considerando as vantagens apresentadas por tais métodos, a expressão “métodos alternativos” pode ser entendida como “métodos adequados”, na medida em que as partes já não os utilizam por mera faculdade, mas em razão do atual contexto, em que as pessoas exigem soluções cada vez mais rápidas e eficientes, em todos os campos de sua vida cotidiana.

Repita-se, ao particular é conferido do direito de escolher o caminho mais adequado. E isso não significa insegurança jurídica, tampouco representa

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 606.345/RS. Ministro-Relator João Otávio de Noronha. DJ. 8/6/2007.

¹⁵ Tal afirmação ainda que possa ser questionada na prática, tendo em vista o valor cobrado por alguns tribunais arbitrais, deve ser considerada no sentido de que os custos envolvem não só as despesas diretas, mas também as despesas indiretas geradas com uma demanda judicial.

desconfiança do judiciário. Na realidade, apresenta-se nova configuração do sistema de pacificação social.

Para o Poder Judiciário, essas alternativas para resolução de conflitos devem ser encaradas como forte fator para diminuição da sobrecarga e consequente melhoria na prestação de serviços judiciais. E o que começa a se perceber.

Por oportuno, impende destacar as principais diferenças entre a arbitragem e os demais métodos de resolução de conflitos de interesse, como a seguir.

1.3.1 Conciliação

A conciliação distingue-se da arbitragem na medida em que no primeiro instituto o conciliador tem a missão de conduzir as partes para a solução consensual dos conflitos, apontando vantagens e influenciando na decisão, e no segundo o árbitro põe fim ao litígio por intermédio da substituição da vontade das partes. De forma diversa das soluções arbitral e judicial, o terceiro (conciliador) irá apenas sugerir uma alternativa para solução espontânea entre as partes, sem qualquer poder de imposição da solução apresentada. Note-se, por fim que, na arbitragem o consenso entre as partes só estará presente no momento da eleição do juízo ou tribunal arbitral indicado para a solução alternativa do conflito.

1.3.2 Mediação

A mediação tem por objetivo propiciar espaço para que as partes exponham seus interesses, aproximando-as e proporcionando condições para que cheguem à solução ideal por sua própria vontade. Assim, tal instituto também se distingue da arbitragem, na qual a vontade e a percepção das partes são substituídas quando da decisão proferida pelo árbitro eleito.

A mediação aproxima-se mais da conciliação do que da arbitragem, considerando que ambas apresentam como resultado a celebração de acordo entre as partes (autocomposição), não podendo o mediador e, muito menos o conciliador, impor sua vontade às partes.

1.3.3 Negociação

A negociação, método consensual aplicável a quase todo tipo de conflito, caracteriza-se pela presença do diálogo direto entre as partes para a solução da disputa. Diante deste fato, a negociação também não pode ser confundida com a arbitragem, já que no primeiro método as próprias partes, por intermédio do diálogo, traçam os alicerces para alcance de uma solução satisfatória para todos, prescindindo da figura do árbitro eleito.

1.4 Vantagens

Como ressaltado anteriormente, muitas das características da arbitragem podem ser consideradas como verdadeiras vantagens para aqueles que a utilizam, sendo que algumas delas podem ser, inclusive, apontadas como garantias à adequada solução dos conflitos de interesse.

Como primeira vantagem à utilização da arbitragem, pode-se dizer que tal método representa fórmula de efetividade da jurisdição, visto que possibilita rápida e eficaz solução de conflitos de interesses, conferindo a pessoas capazes a opção para solucionar problemas relacionados a direitos disponíveis¹⁶, sem que haja o envolvimento do Poder Judiciário e no prazo por elas estabelecido¹⁷.

Além disso, a utilização da arbitragem é vantajosa na medida em que possibilita a obtenção de soluções ágeis e formuladas por especialistas no assunto, eleitos pelas partes e detentores de conhecimentos técnicos específicos, fato que não ocorre no processo judicial, pois o juiz deverá valer-se de *experts* para compreender e decidir determinadas questões.

Cabe fazer um destaque à especialização neste momento, uma vez que, somada à confiança das partes, está é uma das principais vantagens de utilização da solução arbitral em relação aos demais métodos.

¹ Art. 1º, da Lei n. 9.307/96 - As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁷ Art. 10, da Lei n. 9.307/96 - Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: (...) III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

A Lei n. 9.307/1996 estabelece em seu artigo 13 que poderá ser eleito como árbitro “qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”. De acordo com Almeida Guilherme, “... é mister dizer que é um dos princípios basilares da arbitragem a confiança das partes no(s) árbitro(s)”¹⁸. Todavia, para que a arbitragem tenha sucesso o elemento confiança por si só não é o bastante, considerando que a solução mais adequada ao litígio requer ainda a especialização deste terceiro, caracterizada pela especialidade na matéria em debate ou nos meandros do objeto em discussão.

A possibilidade de conferir especialidade à decisão, ou seja, a indicação de juiz arbitral dotado de *expertise* ou conhecimentos técnicos e científicos, é uma garantia para as partes de que a sentença arbitral conterá a solução adequada e satisfatória para a disputa. Assim, a atividade de estipular livremente quem serão os árbitros responsáveis pela solução do litígio é uma das atribuições mais importantes e decisivas das partes.

Ressalte-se, ainda, que a lei confere às partes a possibilidade multiplicar tal especialização da decisão ao permitir a nomeação de “um ou mais árbitros, sempre em número ímpar...”¹⁹ que constituirão o chamado tribunal arbitral²⁰, expressão utilizada para diferenciar a arbitragem desenvolvida por vários árbitros daquela desenvolvida por apenas um árbitro.

As partes poderão, inclusive, permitir que o(s) árbitro(s) de sua confiança decida(m) com fundamento nas regras de direito ou mesmo utilizando-se da equidade²¹, caso entendam que a legislação possa em determinados assuntos afastar-se da justiça em sua essencialidade.

Outra vantagem que pode ser aduzida diz respeito à desnecessidade de homologação judicial da decisão arbitral, que produzirá efeitos imediatamente. A

¹⁸ GUILHERME, Luiz Fernando Vale de Almeida. *Manual de Arbitragem*, p. 118.

¹⁹ Art. 13, §1º, da Lei n. 9.307/96 - As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

²⁰ Art. 13, § 4º, da Lei n. 9.307/96 - Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

²¹ Art. 2º, da Lei n. 9.307/96 - A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, 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.

decisão tida no juízo arbitral é título executivo judicial (Lei n. 9.307/1996, art. 31²²; Código de Processo Civil, art. 475-N, IV²³).

Note-se que a sentença exarada pelo juízo arbitral é irrecorrível, ou seja, não comporta duplo grau de jurisdição, afastado expressamente na lei que o regulamenta²⁴.

É importante ressaltar também que existe a possibilidade de controle judicial da sentença arbitral, mas apenas em relação à sua validade²⁵. Significa dizer que eventual controle pelo Poder Judiciário não abrangerá a revogação ou modificação da sentença arbitral quanto ao seu mérito, mas apenas sua anulação por vícios estritamente formais.

Acrescenta-se a possibilidade das partes estabelecerem o procedimento a ser seguido e as provas que poderão ser admitidas. Esta vantagem traz informalidade à arbitragem, na medida em que confere às partes a faculdade de estabelecer as regras de direito, material e processual, aplicáveis à solução do conflito, que poderão ser mais informais aquelas de aplicação obrigatória no âmbito do Poder Judiciário.

Deste modo, pode-se dizer, de pronto, que as vantagens apresentadas na arbitragem, em detrimento do método tradicional de solução judicial de conflitos, representam fortes argumentos para utilização no âmbito da Administração Pública, direta ou indireta, como será abordado oportunamente.

²² Art. 31. da Lei n. 9.307/96 - A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

²³ Art. 475-N da Lei n. 5.869/1973 (Código Civil) - São títulos executivos judiciais: (...) IV – a sentença arbitral;

²⁴ Art. 18. da Lei n. 9.307/96 - O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

²⁵ Art. 31. da Lei n. 9.307/96 - A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

1.5 Limites à solução arbitral

O artigo 1º da Lei nº 9.307/96 estabelece que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, traçando, assim, um limite subjetivo e outro objetivo, à utilização da solução de litígio pela via arbitral.

Quanto aos limites, Almeida Guilherme pondera que:

No caso em tela, pode optar pelo juízo arbitral quem puder contratar. Somente pessoas que tenham essas condições poderão assinar o compromisso, submetendo suas pendências ao julgamento dos árbitros, ou seja, o art. 1º da lei n. 9.307/96 assegura o uso da arbitragem para que sejam dirimidos litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. ²⁶

Para Scavone Junior, especificamente quanto ao limite objetivo, é possível afirmar que os direitos, podem ser classificados como patrimoniais ou não patrimoniais.

Entre os direitos de cunho patrimonial, encontramos as relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, aquelas que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações de vontade.

Os direitos não patrimoniais, por seu turno, são aqueles ligados aos direitos da personalidade, como o direito à vida, à honra, à imagem, ao nome e ao estado das pessoas, como, por exemplo, a capacidade, a filiação e o poder familiar, entre outros da mesma natureza. ²⁷

Além de exigir que os direitos discutidos na arbitragem sejam de cunho patrimonial, a Lei de arbitragem determina que tais direitos sejam disponíveis. Conforme será visto adiante, a definição do que venham a ser direitos disponíveis é relevante, sobretudo na discussão a respeito da possibilidade da aplicação da arbitragem nas contratações realizadas pelas sociedades de economia mista.

A indisponibilidade está diretamente relacionada à possibilidade de alienação e de transação do direito. Como exemplo de direito indisponível, podemos citar os direitos da personalidade que possuem, notadamente, contornos de indisponibilidade.

Todavia, tal explicação não é suficiente para o entendimento completo dos limites impostos à arbitragem, sendo necessário ir além.

²⁶ GUILHERME, Luiz Fernando Vale de Almeida. *Manual de Arbitragem*, p. 67

²⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem*. p. 22

É cediço que os direitos indisponíveis não podem ser submetidos à arbitragem. Sabe-se, também, que a afronta a tais direitos está sujeita à indenização, podendo o método da arbitragem ser utilizado, perfeitamente, para determinação do valor inerente à reparação ao dano sofrido.

Exemplo conhecido de todos é abordado por Scavone Junior para aclarar esta situação:

Nesse contexto, o árbitro não pode decidir se a pessoa tem ou não direito à honra, uma vez que este direito é indisponível.

Todavia, nada obsta que decida acerca do fato que enseja a afronta ao direito à honra e a liquidação dessa afronta.

Assim, por exemplo, diante de acidente aéreo, surge inevitavelmente o dever de a companhia aérea reparar os danos materiais e morais aos parentes das vítimas.

Optando as partes pela arbitragem, através do compromisso arbitral, nada obsta que o valor da indenização por danos morais seja arbitrado nos termos da Lei 9.307/96.²⁸

Este mesmo raciocínio pode ser aplicado no contexto das sociedades de economia mista. A inexecução inequívoca, total ou parcial, de contratos administrativos gera para seus respectivos gestores o dever de aplicar penalidades cabíveis²⁹, como, por exemplo, a multa pecuniária.

Ainda, que não seja dada à Administração a possibilidade de dispor deste poder-dever decorrente da Lei nº 8.666/93, nada obstará a submissão da discussão a respeito da metodologia de cálculo ou do montante a ser aplicado ao juízo arbitral.

Note-se que o montante da multa poderia ser inclusive transacionado em eventual discussão judicial, fato que denota sua disponibilidade.

²⁸ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Manual de Arbitragem. p. 22

²⁹ Lei n. 8.666, art. 87.

2 A ARBITRAGEM NA LEGISLAÇÃO

Como visto até aqui, a arbitragem é um meio alternativo ao Judiciário para solução de controvérsias, ao qual as partes (pessoas naturais ou jurídicas), livre e voluntariamente, podem se submeter.

No Brasil, a Lei n. 9.307/1996, originada do Projeto de Lei do Senado n. 78, de 03.06.1992, trata primordialmente deste instituto, disciplinando, dentre outras, normas sobre: convenção de arbitragem e seus efeitos; árbitros; procedimento arbitral; sentença arbitral.

O objetivo principal da mencionada lei foi o de proporcionar às partes em conflito um mecanismo adequado para o tratamento de questões de alta complexidade sobre as quais, muitas vezes, o judiciário não está tecnicamente apto a se pronunciar com celeridade.

Luiz Fernando Vale de Almeida Guilherme leciona que:

Um dos grandes avanços dos mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsia, no Brasil, foi a clara aspiração social por métodos que pudessem servir para a resolução de conflitos sociais, trazendo um menor custo e mais agilidade, fora do Poder Judiciário, o qual foi iniciado com a Lei n. 9.099/95.

O legislador não ficou insensível ao apelo social, procurando fortalecer a vertente extrajudicial de solução de controvérsias, o que concretizou com a edição da Lei n. 9.307/96, que revitalizou a arbitragem (...).³⁰

O mencionado regramento passou a conferir autonomia à cláusula compromissória que, a partir da publicação da Lei n. 9.307/1996, passou a ser capaz de afastar *per se* a competência jurisdicional para a resolução do conflito³¹.

Ademais, a mencionada lei atribuiu à sentença arbitral a mesma eficácia conferida a uma sentença proferida por um juiz togado³².

³⁰ GUILHERME, Luiz Fernando Vale de Almeida. *Manual de Arbitragem*, p. 33.

³¹ Lei nº 9.307/96 - Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Fortemente arraigada na autonomia da vontade, a Lei n. 9.307/1996 concedeu às partes que optarem pelo método arbitral de solução de conflitos a oportunidade de estabelecer o regulamento do procedimento e o direito material aplicável, bem como permitir que o conflito seja resolvido com a aplicação da equidade, usos, costumes e regras internacionais de comércio.³³

É importante ressaltar, por oportuno, que a Lei de Arbitragem conferiu soberania ao árbitro, impedindo a interposição de recursos contra a decisão arbitral³⁴, ou seja, impedindo a possível enxurrada recursal.

Quanto à sentença arbitral de origem estrangeira - aquela que tenha sido proferida fora do território nacional -, o texto legal estabelece que o reconhecimento e execução internos serão regulados por tratados internacionais. Na ausência de tais tratados, o laudo arbitral será reconhecido e executado de acordo com as disposições da Lei n. 9.307/1996.

Note-se que o único requisito estabelecido pela lei para o reconhecimento e execução da sentença alienígena é a homologação pelo STJ³⁵, assim, não há a necessidade de homologação pelo judiciário estrangeiro.

Destaca-se, por oportuno, que anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, a competência para homologação de sentenças arbitrais estrangeiras era atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Tal situação foi alterada³⁶, estabelecendo-se a transferência desse mister ao Superior Tribunal de Justiça. A alteração visou concentrar a atuação da Corte Suprema na análise de questões voltadas à proteção da Constituição Brasileira.

¹ Lei nº 9.307/96 - Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

³³ Lei nº 9.307/96 - Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, 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.

³⁴ Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

³⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Art 105, inciso I, i - Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: (...) i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;

³⁶ Art. 1º Os arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação: (...) "Art. 105. (...) I - (...) i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;

Com fundamento no princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional³⁷, a doutrina mais tradicional entende que a jurisdição é monopólio e função estatal, que deverá ser exercida por intermédio da aplicação do direito material ao processo³⁸.

A arbitragem pode ser entendida como a “jurisdição” praticada fora do âmbito estatal, o que segundo Scavone Junior é admissível “posto que as partes são livres para transigir sobre seus direitos patrimoniais disponíveis”³⁹.

Explicando melhor a afirmação, o mesmo autor tece as seguintes considerações:

A transação, que sempre foi admitida entre nós, é ato jurídico bilateral que visa extinguir ou prevenir litígios mediante concessões recíprocas das partes interessadas ou, ainda, a composição com troca de vantagens pecuniárias.

De fato, dispõe o art. 840 do CC que ‘é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas’.

O instituto, assim como a arbitragem, é de utilidade para as partes, que evitam perdas ou demora na solução da lide mediante composição, principalmente ante a plethora de feitos que assoberba o Poder Judiciário.

De acordo com Carnelutti, ‘a transação é a solução contratual da lide, e, por tal razão equivalente contratual da sentença’.

Dentro deste contexto, se as partes são livres para transigir e se são livres para contratar em razão do princípio da autonomia da vontade, podem, igualmente, através da mesma autonomia da vontade, decidir pela extinção dos conflitos pela através da solução arbitral .⁴⁰

A Lei de Arbitragem sofreu vários questionamentos no que diz respeito à sua constitucionalidade, todavia, os argumentos para a decretação da suposta inconstitucionalidade foram devidamente superados pelo Supremo Tribunal Federal em análise incidental de alguns de seus dispositivos. A propósito:

(...) 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a

¹ Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

³⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 145.

³⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem*, p. 64.

⁴⁰ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem*, p. 64.

execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parágrafo. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr.Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).⁴¹

Ressalve-se que a constitucionalidade da Lei de Arbitragem foi declarada, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em momento anterior à Emenda Constitucional n. 45/2004, ou seja, quando ainda era de competência da Suprema Corte a homologação de sentenças estrangeiras, inclusive as arbitrais. No julgado do STF, o Ministro Carlos Velloso, além de reafirmar a possibilidade da arbitragem que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, asseverou que as partes podem renunciar ao direito, que não lhes é tolhido, de recorrer à Justiça⁴².

A decisão revela-se como importante marco para a consolidação do instituto da arbitragem no Brasil, permitindo que as partes possam optar por ingressar no judiciário para a solução de seus conflitos de interesse ou renunciar a este direito e submeter tais litígios, envolvendo direitos sujeitos de transação (patrimoniais disponíveis), à solução arbitral, com fundamento na autonomia da vontade.

Destaca-se, por fim, o posicionamento do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo – CAESP:

O que a norma não permite é proibir as partes de ir ao Judiciário para dirimir os seus conflitos, ou seja, é a arbitragem em caráter obrigatório que é proibida, o que é defendido é o direito a livre escolha das partes

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5206/EP – Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, em 12/12/2001, D.J. de 30/04/2004

⁴² Conselho Arbitral do Estado de São Paulo - CAESP. Arbitragem: Constitucionalidade. Disponível em: <http://www.caesp.org.br/site/arbitragem-constitucionalidade>. Acesso em 24 abr. 2012.

interessadas em relação a qual instituto para dirimir seus conflitos será o mais viável, devendo sempre estarem de pleno acordo e de forma discricionária.⁴³

Para o Tribunal de Contas da União a utilização do instituto da arbitragem em contratos administrativos está vinculada à existência de autorização legal.

O ordenamento jurídico brasileiro já admite, expressamente, a participação da Administração Pública em arbitragens, podendo ser citados como exemplos os seguintes regramentos jurídicos: Lei n. 5.662/71, art. 5º (Banco Nacional do Desenvolvimento - BNDES); Decreto-Lei n. 1.312/74, art. 11 (Empréstimos do Tesouro Nacional); Lei n. 8.693/93, art.1º, § 8º (Regulamenta o transporte ferroviário); Lei n. 8.987/95, art. 23, XV (Lei de Concessões); Lei n. 9.472/97, art. 93, XV (organização dos serviços de telecomunicações); Lei n. 9.478/97, art. 43, X (petróleo); Lei n. 11.079/04, art. 11, III (Lei de Parcerias Público-Privadas - PPPs) e; Lei n. 10.848/04, art. 4º, § 6º (comercialização de energia elétrica)⁴⁴.

⁴³ Conselho Arbitral do Estado de São Paulo - CAESP. Arbitragem: Constitucionalidade. Disponível em: <http://www.caesp.org.br/site/arbitragem-constitucionalidade>. Acesso em 24 abr. 2012.

⁴⁴ Lei 11.079, Art. 11, III. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3 e 4 do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Lei n. 5.665/71, art. 5º, Parágrafo Único - A empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) poderá efetuar todas as operações bancárias necessárias à realização do desenvolvimento da economia nacional, nos setores e com as limitações consignadas no seu Orçamento de Investimentos, observado o disposto no artigo 189 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Parágrafo único. As operações referidas neste artigo poderão formalizar-se no exterior, quando necessário, para o que fica a empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES autorizada a constituir subsidiárias no exterior e a aceitar as cláusulas usuais em contratos internacionais, entre elas a de arbitramento. (Redação dada pela Lei nº 11.786, de 2008) Decreto-Lei n. 1.312/74, art. 11 - O Tesouro Nacional contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro poderá aceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos.

Lei n. 8.693/93, art.1º, § 8º - A Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA) e a Rede Federal de Armazéns Gerais Ferroviários S.A. (Agef) transferirão à União, atendidas as condições previstas nesta lei, a totalidade das ações de sua propriedade no capital da Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) e da Empresa de Trens Urbanos de Porto Alegre S.A. (Trensurb).

(...)

§ 8º Nos aditivos a contratos de crédito externo constará, obrigatoriamente, cláusula excluindo a jurisdição de tribunais estrangeiros, admitida apenas a submissão de eventuais dúvidas e controvérsias delas decorrentes à justiça brasileira ou a arbitragem, nos termos do art. 11 do Decreto-Lei nº 1.312, de 15 de fevereiro de 1974.

Lei n. 8.987/95, art. 23, XV - São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

(...)

Note-se que algumas delas são anteriores à própria Lei nº 9.307/96, o que significa dizer que a arbitragem já era admitida no âmbito da Administração Pública.

Em 30.12.2004, foi editada a Lei n. 11.079/04, que instituiu as Parcerias Público-Privadas (PPPs). O artigo 11, inciso III, da mencionada lei estabeleceu expressamente a possibilidade de o contrato de PPP prever “*o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato*”.

Portanto, não há discussão a respeito da utilização da arbitragem no âmbito das parcerias público privadas, considerando que há na lei dispositivo expresso que a autoriza.

Neste sentido é o Acórdão n. 391/2008, exarado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União:

40. Quanto à manutenção ou não da cláusula arbitral nos contratos de concessão alinhamos o nosso entendimento com o exarado na Decisão nº 188/95-TCU/Plenário, considerando válida a possibilidade da utilização do juízo arbitral desde que não se inclua na parte de arbitragem situações (cláusulas) que não observem estritamente o princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Embora essa decisão do Tribunal de Contas seja anterior à publicação da Lei da Arbitragem, revestiu-se de sabedoria ao não anular definitivamente a possibilidade do juízo arbitral, quando porventura existirem nos contratos de concessões situações em que seja possível utilizar-se da arbitragem - notadamente quando a Administração se iguala ao particular, ou no caso de haver uma futura previsão legal nesse sentido .⁴⁵

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Lei n. 9.472/97, art. 93, XV - O contrato de concessão indicará:

(...)

XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

Lei n. 9.478/97, art. 43, X - O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

(...)

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

Lei n. 10848/04 - (...)

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

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

⁴⁵ Acórdão nº 391/2008 – Plenário, publicado 14.3.2008.

A Lei n. 11.196/2005 incluiu o instituto na Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/1995). O art. 23-A⁴⁶ foi publicado com redação extremamente semelhante a do artigo 11, inciso III, da Lei das PPPs, possibilitando a utilização da arbitragem para dirimir disputas relacionadas aos contratos de concessão.

Mesmo em momento anterior à publicação da Lei n. 11.196/2005, a possibilidade de utilização da arbitragem nos âmbito dos contratos de concessão já era admitida pelo professor Arnoldo Wald:

Está previsto no inc.XV, do art.23 que o contrato de concessão deve, obrigatoriamente, dispor sobre a forma de composição amigável das divergências contratuais, deixando liberdade de escolha para que a melhor atenda aos interesses em jogo no objeto da concessão. Em complemento a esta disposição, seria útil a previsão legal de arbitragem, como instrumento de composição dos conflitos e divergências oriundos do contrato de concessão, entre o poder concedente e concessionário, indicados pelas partes os árbitros e as regras a serem observadas. Muito embora não tenha sido expressamente enunciado, pode o contrato estabelecer, como instrumento para viabilizar a composição dos conflitos na aplicação do contrato de concessão, o juízo arbitral, competindo aos árbitros indicados pelas partes os julgamento extrajudicial da controvérsia. A arbitragem, desde que observadas as prescrições legais civis e processuais, obriga as partes evitando a complexidade e morosidade do processo judicial. Ao Poder Judiciário compete homologar o laudo arbitral, podendo anulá-lo, se houver sido elaborado em infringência às disposições legais .⁴⁷

Antes da inclusão do artigo 23-A na Lei n. 8. 987/1995, o Tribunal de Contas da União já havia admitido que o art. 23, inciso XV, da mesma lei, autorizava a utilização da arbitragem nos contratos de concessão, conforme julgado a seguir:

(...) a interpretação teleológica do Art. 23, inciso XV, da Lei 8.987/1995 deve concluir que o legislador utilizou a expressão 'modo amigável de solução de divergências' em oposição a 'solução jurisdicional de controvérsias'. (...) A utilização da arbitragem encontra, portanto, fundamento legal, sendo descabido falar-se em violação ao princípio da legalidade, e constitui forma célere e econômica para a solução de litígios em contratos de concessão podendo apenas trazer vantagens para a Administração Pública.⁴⁸

Pelo que se observa, os serviços públicos podem, em maior ou menor extensão, ser objeto de concessão ou parceria público-privada. A disciplina da

ⁱ Lei n. 8997/95, Art. 23-A - O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

⁴⁷ WALD, Arnoldo. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões*, p. 140.

⁴⁸ TCU 006.0986/93-2, rel. Min Paulo Affonso Martins de Oliveira, DOU 22.05.1995

solução dos conflitos entre o Poder Público (Poder Concedente) e o concessionário deverá seguir tais previsões legislativas e estipular o cabimento da arbitragem.

No que tange especificamente à relação arbitragem e sociedades de economia mista, merece destaque a previsão de admissão do juízo arbitral prevista na Lei n. 10.848/2004, artigo 4º, §6º:

Art. 4º - Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei.

(...)

§ 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, ⁴⁹ permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5o deste artigo .

A Lei n. 10.848/2004 buscou eliminar qualquer dúvida acerca do cabimento da arbitragem neste campo, até mesmo declarando a natureza disponível dos direitos atinentes aos contratos de fornecimento de energia elétrica.

Neste sentido, Carmem Tibúrcio pondera:

Em suma, atualmente, nas hipóteses onde há lei autorizativa, não há dúvida acerca da possibilidade de a Administração clausular a arbitragem. Já nas outras situações, prevalece a incerteza, o que é bastante nefasto para um Estado que nas esferas federal, estadual e municipal, precisa do capital privado para a realização de obras das mais diversas espécies. ⁵⁰

Assim, é possível supor que em todos esses campos regulados pela legislação específica, a reprovação à arbitragem seja um retrocesso, não havendo insegurança jurídica em relação às situações em que a lei autoriza sua utilização.

Note-se que a inadmissibilidade de sua utilização pela Corte de Contas fundamenta-se, notadamente, no princípio da legalidade, ou seja, na falta de

⁴⁹ O § 5º do citado artigo estabelece que, “as regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/1996”.

⁵⁰ TIBÚRCIO, Carmen. *A arbitragem envolvendo a administração pública*. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/AARBITRAGEMDENVOENVOLVENDOADMINISTRACAOPUBLICA.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2012.

expressa autorização para sua previsão e utilização em contratos celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública.

Também não há maiores discussões para a utilização da arbitragem no âmbito dos contratos de sociedades de economia mista de cunho eminentemente privado, chamados pela doutrina de “Contratos da Administração” e previstos no artigo 62, § 3º, inciso I, da Lei de Licitações:

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I- aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, **por norma de direito privado (grifo nosso)**;

O ponto de discussão que restaria ser aprofundado refere-se à possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos em contratos celebrados em que não há expressa previsão em lei, como, por exemplo, nos casos em que são celebrados com supedâneo na Lei n. 8.666/1993.

3 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Mesmo diante do reconhecimento doutrinário e do entendimento favorável demonstrado na jurisprudência dos tribunais pátrios, como enfocado especificamente, a possibilidade de a Administração Pública adotar o juízo arbitral para a solução de suas controvérsias ainda não é admitida no âmbito do Tribunal de Contas da União⁵¹.

Inicialmente, é interessante trazer à tona o entendimento de Lúcia Valle Figueiredo, que sustenta a impropriedade e inconstitucionalidade da arbitragem nestes conflitos dos quais integram a Administração, mesmo que a legislação assim o defina. Segundo a referida doutrinadora, o juízo arbitral estaria descartado do âmbito da Administração pelos seguintes fundamentos:

A uma, porque destina-se aos *direitos disponíveis*, portanto não poderia servir para dirimir questões em que está envolvido o interesse público.

Demais disso, nos termos do art. 18 da mencionada Lei 9.307/1996, “o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Judiciário”, em franco desrespeito às regras constitucionais dos direitos e garantias individuais (art. 5º, incisos XXXV, LXIX, LXX e LXXIII).

Além disso, as regras de competência processual no tocante às questões da União são de ordem constitucional, não podendo à evidência, ser derogadas por legislação infraconstitucional.⁵²

Esta doutrinadora entende que, em função da impossibilidade da decisão arbitral ser revisada pela jurisdição estatal, a arbitragem é inconstitucional (afronta ao art. 5º, incisos XXXV, LXIX, LXX e LXXIII).

No que tange ao TCU, as principais objeções à submissão à arbitragem dos conflitos de interesse em que as sociedades de economia mista figurem com parte referem-se: i) à incompatibilidade do método arbitral com o princípio da indisponibilidade do interesse público; e ii) ao princípio da legalidade que

⁵¹ Cite-se, desde logo, as seguintes decisões do TCU: Decisão n. 286/93 - Plenário, Decisão n. 188/95 - Plenário, Acórdão n. 906/03 - Plenário e Acórdão n. 537/06-2ª Câmara.

⁵² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p. 115.

fundamenta a necessidade de autorização legal expressa para a adoção do pacto arbitral no âmbito dos contratos celebrados por entes administrativos.

As decisões da Corte de Contas sobre a matéria estabelecem que a utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública é contrária aos princípios de direito público, notadamente, aos princípios da indisponibilidade do interesse público, da inafastabilidade do judiciário e da legalidade (ausência de autorização expressa em lei para utilização de tal instituto pelos entes integrantes da Administração Pública).

Tal entendimento pode ser facilmente extraído do Acórdão n. 587/2003, por intermédio do qual o TCU determinou ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes a exclusão das *“cláusulas 31.7 e 31.7.4 do Edital de Licitação nº 04/02-0 e as menções à arbitragem na Cláusula Décima Quarta da minuta do contrato por serem contrárias ao artigo 1º da Lei nº 9.307/96 e ao interesse público e, portanto, nulas”*⁵³. No caso, o TCU analisava a mera inclusão de cláusulas no edital que estipulavam a arbitragem para a solução de conflitos. O objeto da licitação era a *execução dos serviços de apoio e assessoria ao gerenciamento do projeto de modernização da BR-101*. Na instrução, a Secex/RS entendeu que *“o interesse tutelado na relação jurídica que será estabelecida pelo contrato é inquestionavelmente de natureza pública, sendo, portanto, indisponível.”*

O acórdão citado, ainda que de forma bastante simplória, quase que reproduz entendimento que já havia sido externado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão n. 584/2003⁵⁴ – 2ª Câmara, que, da mesma forma, não foi favorável à utilização do método arbitral de resolução de conflitos em contrato cujo objeto era o fornecimento emergencial de energia elétrica necessária à superação da crise energética atravessada pelo país naquela época (anos 2001 e 2002).

⁵³ TCU, *DOU* 1º jun. 2003, Acórdão 587/03, Plenário, Rel. Min. Adilson Motta. Entidade: Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transporte (DNIT). Interessado: Congresso Nacional.

⁵⁴ TCU, *DOU* 28 abr. 2003, Acórdão 584/03, Segunda Câmara, Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Entidade: Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE. Interessados: Federação Nacional dos Engenheiros – FNE, Dep. Fed. João Paulo Cunha, Dep. Fed. Fernando Ferro, Dep. Fed. Walter pinheiro e Dep. Fed. Eustáquio Luciano Zica.

Em 2006, a decisão proferida no Acórdão n. 584/2003 foi objeto de pedido de reexame à Segunda Câmara TCU, que manteve o entendimento anteriormente exarado, podendo-se extrair do acórdão os seguintes fundamentos:

Representação. Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial. Pedidos de reexame do Acórdão 584/2003-2ª Câmara, que estabeleceu prazo para a celebração de termos aditivos aos contratos firmados com Produtores Independentes de Energia (PIE), com o fim de deles excluir cláusulas que tratam da confidencialidade e da adoção de arbitragem como meio de solução dos conflitos. Não conhecimento do recurso interposto pela empresa Breitener Energética S.A. em decorrência de desistência formal nos autos. Conhecimento dos demais pedidos de reexame. Grande número de contratos de compra de energia já inteiramente executados e outros em via de extinção. Ausência de amparo legal para a adoção de juízo arbitral nos contratos administrativos. Jurisprudência pacífica do TCU. Negativa de provimento. Ciência aos interessados.

(...)

Examinadas as razões apresentadas pelos recorrentes, consoante transcrito no relatório que precede a este Voto, manifesto-me inteiramente de acordo com o posicionamento defendido pela Secretaria de Recursos, no sentido de que não existe amparo legal para a adoção de juízo arbitral nos contratos administrativos — e administrativos são os contratos celebrados pela CBEE com os PIE, conforme demonstrado à sociedade.

Esse entendimento coaduna-se com o juízo firmado na Decisão 286/1993-Plenário, proferida por esta Corte de Contas em sede de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Ministro de Minas e Energia. Naquela oportunidade, o Tribunal manifestou-se no sentido de que “o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros).

Como bem ressaltado pela instrução da Unidade Técnica especializada, corroborado pela manifestação do Ministério Público, a Lei 9.307/96, 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 pela CBEE.⁵⁵

⁵⁵ TCU, *DOU* 17 mar. 2006, Acórdão 537/06, Segunda Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Entidade: Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE. Interessados: Federação Nacional dos Engenheiros – FNE; Nordeste Generation Ltda.; Geradora Brasileira de Energia Ltda. - Gebra; Breitener Energética S.A.; Proteus Power Brasil Ltda.; Termocabo Ltda.; Termoelétrica Potiguar S.A. - TEP; Parnamirim Energia S.A.; Destilaria JB Ltda.; Ceará Geradora de Energia S.A. - CGE; Enguia Gen BA Ltda.; Enguia Gen CE Ltda.; Enguia Gen PI Ltda.; Giasa S.A.; Termoelétrica Itaenga Ltda.; Empresa de Energia Elétrica do Brasil Ltda. - Engebra; CumMin.s Brasil Ltda.; e Companhia Energética de Petrolina.

Conforme se extrai das decisões a seguir transcritas, passou a prevalecer, na Corte de Contas, o entendimento de que a utilização do instituto da arbitragem nos contratos administrativos só será admissível quando houver autorização legal específica e se tratar de direitos disponíveis:

Portanto, não havendo amparo legal para a previsão do instituto da arbitragem e tratando-se de direitos patrimoniais indisponíveis, não há como tolerar a manutenção da cláusula 47 nos contratos celebrados, sendo adequada a determinação de celebração de termo aditivo para sua exclusão.⁵⁶

9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT que, em futuros procedimentos licitatórios, abstenha-se de incluir cláusulas editalícias e contratuais prevendo a adoção de juízo arbitral para resolução de eventuais conflitos, a exemplo dos itens 24 a 26 do Aviso de Licitação nº 396/200, ante a ausência de previsão legal e à afronta de princípios de direito público”⁵⁷

Primeiro, assiste razão à unidade técnica ao rejeitar a previsão contratual do mecanismo da arbitragem em contratos administrativos. Este tem sido, de fato, o entendimento predominante nesta Corte de Contas, que fundamenta sua crítica à previsão de arbitragem nos contratos administrativos na existência de expressa autorização legal para tanto, sem a qual não pode o administrador público, por simples juízo de oportunidade e conveniência, adotar tão relevante inovação. Nesse sentido, foi a Decisão nº 286/1993, Plenário, proferida em sede de consulta a esta Corte, formulada pelo então Ministro de Minas e Energia.⁵⁸

Assim, pelo que se constata, o entendimento prevalecente no TCU enfoca primordialmente dois aspectos que impediriam a utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública.

O primeiro diz respeito à indisponibilidade que caracterizaria os contratos celebrados pela Administração. Não caberia abrir mão da resolução pela via do

¹ TCU, *DOU* 17 mar. 2006, Acórdão 537/06, Segunda Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Entidade: Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE. Interessados: Federação Nacional dos Engenheiros – FNE; Nordeste Generation Ltda.; Geradora Brasileira de Energia Ltda. - Gebra; Breitenner Energética S.A.; Proteus Power Brasil Ltda.; Termocabo Ltda.; Termoelétrica Potiguar S.A. - TEP; Parnamirim Energia S.A.; Destilaria JB Ltda.; Ceará Geradora de Energia S.A. - CGE; Enguia Gen BA Ltda.; Enguia Gen CE Ltda.; Enguia Gen PI Ltda.; Giasa S.A.; Termoelétrica Itaenga Ltda.; Empresa de Energia Elétrica do Brasil Ltda. - Engebra; CumMin.s Brasil Ltda.; e Companhia Energética de Petrolina.

⁵⁷ TCU, *DOU* 10 jul. 2006, Acórdão 1.099/06, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes. Entidades: Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT e 19ª Unidade de Infra-Estrutura Terrestre. Interessado: Congresso Nacional.

⁵⁸ TCU, *DOU* 2 set. 2005, Acórdão 1.271/05, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa. Entidade: Departamento Nacional de Infra-Estrutura dos Transportes – DNIT. Vinculação: Ministério dos Transportes. Interessado: Congresso Nacional.

Judiciário, pois o responsável por qualquer ressarcimento ao particular/contratado seria o contribuinte, a partir da majoração dos encargos.

O segundo aspecto, refere-se à ausência de autorização legislativa específica para utilização da arbitragem em contratos administrativos. A Administração, seguindo – *cegamente* - o fundamento da legalidade, estaria impedida de praticar algo que não resultasse de prescrição legal.

4 A ARBITRAGEM E OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Não obstante ainda existam no âmbito da jurisprudência decisões que vão ao encontro do entendimento fixado no Tribunal de Contas da União, proferidas por alguns tribunais de segunda instância⁵⁹, o STJ vem apresentando uma tendência em favor da utilização da arbitragem e do reconhecimento da existência de interesses patrimoniais disponíveis, em contratos celebrados pelas sociedades de economia mista, independentemente de lei autorizativa.

A primeira decisão do STJ neste sentido foi prolatada pela Segunda Turma, no ano de 2005, em processo que envolvia a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), do Rio Grande do Sul, e a AES Uruguaiana:

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 de 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 de bens ou prestação de serviços (CF, art.173, §1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. ⁶⁰

No ano de 2006, a Primeira Seção do STJ decidiu que sociedades de economia mista podem fazer uso do método arbitral para a solução de conflitos de interesses oriundos de relação contratuais⁶¹. Tal julgamento envolveu conflito de interesses entre o Terminal Multimodal de Coroa Grande - TMC e a sociedade de economia mista Nuclebrás Equipamentos Pesados (Nuclep), vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia.

⁵⁹ TJ/RJ, j. 29 out. 2003, AI 2003.002.07839, Rel. Des. Ademir Pimentel; TJ/RS, j. 14 nov. 2002, AI 70003866258, Rel^a. Des^a. Terezinha de Oliveira Silva.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. RESP nº 612.439/RS. Relator Ministro João Otávio de Noronha, Diário de Justiça, 14 set. 2006.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. AgRg no MS 11308/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Diário da Justiça, Brasília, 14 ago. 2006.

Cabe destacar trecho do Voto do Ministro Luiz Fux, nos autos do mencionado processo:

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

4. O Ministro Eros Grau, hoje membro do STF, sustenta a legalidade do *juízo arbitral em sede do Poder Público, citando 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, 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 com a 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,"

(...)

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.

(...)

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. Destarte, 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 incoerência 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. Com razão o Professor Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Dourado, em artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418, cujo ensinamento revela ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público: "(...) *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.*"

12. Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presentes 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. ⁶²

Quanto à possibilidade de a sociedade de economia mista recorrer ao juízo arbitral, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos RESP 606.345/RS (DJ 08/06/2007)⁶³, exarou entendimento no sentido de que nos

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. AgRg no MS 11308/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Diário da Justiça, Brasília, 14 ago. 2006.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp 606.345/RS, Relator Ministro João Otávio Noronha. Diário de Justiça, 08 jun. 2007.

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.

contratos administrativos que envolvam serviços de natureza industrial ou tipicamente econômica, os direitos são considerados transacionáveis e, portanto, disponíveis, estando desta forma sujeitos à solução arbitral.

Para o mencionado tribunal, somente as atividades decorrentes do poder de império da administração e cuja execução esteja diretamente relacionada ao interesse público, não serão passíveis de submissão à arbitragem.

As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, cujo capital e administração contam com a participação do Poder Público. Não obstante seus objetivos sejam a realização de atividade econômica ou serviço público outorgado pelo Estado, estas entidades possuem a forma de empresa privada, são regidas pelas regras das sociedades mercantis (Lei das Sociedades Anônimas) e admitem lucro.

Na decisão mencionada acima, fixou-se o entendimento de que a autorização do Poder Legislativo para submissão dos conflitos decorrentes dos contratos por elas celebrados é desnecessária.

Assim, o STJ parece entender que os contratos envolvendo direitos patrimoniais relacionados a serviços públicos ou a atividades econômicas em sentido estrito (atividade bancária oficial, por exemplo) poderão instituir o uso da arbitragem para a solução dos conflitos que lhe sejam decorrentes.

Parte da doutrina que admite a legalidade da submissão da Administração Pública ao juízo arbitral sustenta tal entendimento em precedente do Supremo Tribunal Federal que admitiu a adoção do método arbitral por entes estatais, cabendo transcrever o seguinte trecho:

(...) Juízo Arbitral – Na tradição do nosso direito o instituto do Juízo Arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que, como toda pessoa *sui juris* poder prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insuscetíveis de transação.

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.

4. Recurso especial provido.

Natureza consensual do pacto de compromisso – O pacto de compromisso, sendo de natureza puramente consensual, não constitui foro privilegiado nem tribunal de exceção, ainda que regulado por lei específica.

Princípios de instituto jurídico – Os princípios informativos de um instituto jurídico de direito privado podem ser modificados ou até mesmo postergados por norma legal posterior.

Cláusula de Irrecorribilidade – A cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral é perfeitamente legítima e não atenta contra nenhum preceito da Carta Magna, sendo também dispensável a homologação judicial dessa sentença, desde que, na sua execução, seja o Poder Judiciário convocado a se pronunciar, dando assim, homologação tácita ao decidido. ⁶⁴

No entendimento de Ada Pellegrini Grinover a adoção de métodos alternativos é sempre bem vinda, inclusive pelo próprio Judiciário, que se mostra sobrecarregado diante do elevado número de demandas que lhe são submetidas:

Ganha renovado fôlego, em nosso meio, o estudo e adoção de meios alternativos de solução de disputas, inclusive mediante iniciativa do próprio Poder Judiciário, assoberbado que está. Como já me manifestei anteriormente, “visando à superação da crise estrutural do Judiciário, abre-se caminho, na vertente extrajudicial, para a revisitação de equivalentes jurisdicionais, como a auto e a heterocomposição, na busca de meios alternativos ao processo, capazes de evitá-lo”. ⁶⁵

Segundo Humberto Theodoro Júnior, “*nem sempre se pode esperar da decisão judicial a verdadeira e efetiva pacificação dos conflitos*” ⁶⁶. Tal entendimento denota uma das principais vantagens da utilização da solução arbitral em relação aos demais métodos, qual seja a possibilidade de conferir especialidade⁶⁷ à decisão.

Embora a ideia de solução de controvérsias, que não pela via do Judiciário, seja vista com grande entusiasmo, muito se discute na doutrina a respeito do cabimento de tal método alternativo de solução de conflitos para a solução de litígios que envolvam entes integrantes da Administração Pública.

Existe uma corrente doutrinária que utiliza o princípio da legalidade, previsto no artigo 37, da Constituição Federal, como fundamento para a inadmissibilidade da

⁶⁴ STF, AI n.º 52.181, Rel. Min. Bilac Pinto, Pleno, Julgado em 14.11.73, DO de 13.02.74, in RTJ 68/382.

⁶⁵ GRIVONER, Ada Pellegrini. *Arbitragem e prestação de serviços públicos*. Revista de Direito Administrativo, n.233, p.377-386, jul./set. 2003.

⁶⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *A arbitragem como meio de solução de controvérsias*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 97, nº 353, jan./fev. 2001, p. 109.

⁶⁷ Registre-se que, ao eleger o método arbitral as partes poderão indicar como árbitros pessoas detentoras de maior expertise ou conhecimentos técnicos e científicos, considerados imprescindíveis para solução da disputa.

previsão de cláusula compromissória ou de celebração de compromisso arbitral pela Administração Pública. Para os que assim entendem, a ausência de lei que expressamente autorize leva à impossibilidade de previsão de arbitragem nos contratos administrativos.

Entretanto, diversos estudos foram desenvolvidos visando à demonstração da inexistência de impedimentos à inclusão e efetivação de cláusulas arbitrais em contratos celebrados pela Administração Pública, direta ou indireta, excetuados aqueles que objetivem a efetivação de direitos indisponíveis, que, pela própria previsão normativa não poderão sujeitar-se ao citado método.

Para Carmem Tibúrcio⁶⁸, há alguns autores que defendem a possibilidade de clausular-se arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública.

Luis Roberto Barroso declara que existem três posições sobre a matéria, sistematizando-as da seguinte forma:

(a) Uma corrente sustenta que a arbitragem seria legítima em qualquer contrato administrativo com fundamento no art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/93, que dispõe serem aplicáveis supletivamente aos contratos administrativos, os princípios da teoria geral dos contratos, *in verbis*: “Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

(b) Outra corrente extrai de leis que autorizam a Administração a submeter-se à arbitragem em determinadas situações – como a Lei de concessões de serviços públicos, já referida (Lei nº 8.987/95, art. 23, XV) – uma autorização generalizada para que a arbitragem seja adotada em qualquer circunstância.

(c) Por fim, há ainda o argumento de que a arbitragem estaria autorizada genericamente para as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica por força do art. 173, § 1º, da Constituição de 1988, no qual se prevê que elas estão sujeitas ao regime jurídico de direito privado.⁶⁹

Ressalte-se, ainda, que vem ganhando reforços a corrente doutrinária que admite a utilização do método arbitral, mesmo diante da ausência de previsão legal. Os argumentos apresentados são altamente relevantes para a superação dos

⁶⁸ TIBÚRCIO, Carmen. *A arbitragem envolvendo a administração pública*. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/aarbitragemenvolvendoaadministracaopublica.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2012.

⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*, p. 621.

obstáculos jurídicos existentes, como, por exemplo, a existência de interesses públicos secundários disponíveis e, portanto, passíveis de serem submetidos ao método arbitral.

Há um novo enfoque dado à questão, que desloca a discussão subjetivista (perquirição da possibilidade do Estado ser parte em arbitragem) para um novo sentido objetivista (possibilidade de, em contrato sujeito ao regime administrativo, seja qual for a pessoa jurídica que o celebre, ser admissível a instituição de cláusula compromissória).

O simples fato de determinado contrato administrativo ser concebido no ente estatal não quer dizer que, indiscutivelmente, ele irá realizar interesse público. A doutrina, nesse contexto, distingue os interesses públicos propriamente ditos - aqueles interesses primários do Estado, dos chamados interesses secundários.

Os interesses primários englobam a Administração Pública no real e genuíno exercício do seu ofício, como ente imparcial; enquanto que os interesses secundários são decorrência do desempenho das suas atividades de gestão, objetivando a higidez dos cofres públicos.

A distinção, portanto, entre interesse público primário (o interesse geral, da coletividade) e interesse público secundário (o interesse do Estado, ou fazendário) permite evidenciar que nem sempre há coincidência entre estes interesses. O interesse público primário (bem geral) pode ser identificado com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade. Não há confundir o interesse do bem geral (interesse público primário) com o interesse da administração (interesse público secundário).

Portanto, para aqueles que aceitam que a Administração possa ser parte em um procedimento de arbitragem, a questão será resolvida pela classificação do direito em discussão como disponível ou indisponível.

Neste sentido, o ensinamento de Bandeira de Mello:

(...) Também assim melhor se compreenderá a distinção corrente da doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses primários - que são os interesses da coletividade como um todo - e interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer

outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade.⁷⁰

Como se vê, existem interesses da Administração Pública que são indisponíveis, quais sejam, todos aqueles que dizem respeito ao atendimento imediato do interesse público (interesse primário), e, por outro lado, interesses disponíveis da Administração Pública (interesse secundário), onde se aplicaria a arbitragem.

A doutrina mais abalizada manifesta-se no sentido de que só podem ser arbitradas as questões de natureza contratual ou privada. Somente estas relações podem comportar o juízo arbitral. Aquelas em que o Estado age como Poder Público estarão naturalmente excluídas, posto que não podem ser objeto de transação ou renúncia.

Para José dos Santos Carvalho Filho:

(...) questão que tem desafiado a argúcia dos estudiosos, em dias atuais, consiste em saber se pode a Administração valer-se da arbitragem para a solução de alguns conflitos de natureza patrimonial, em virtude dos princípios da legalidade e da indisponibilidade dos bens públicos.

Não há dúvida de que o Estado há de ter cautela redobrada no que tange ao emprego dos recursos públicos, visto que estes se originam, em última instância, dos integrantes da coletividade. Entretanto, o sentido moderno do princípio da legalidade não implica a vedação para que o Estado celebre transações, sobretudo quando é a própria lei que o estabelece. Por outro lado a indisponibilidade dos bens públicos significa apenas que o Poder Público não pode disponibilizar seus recursos com total liberdade, como o fazem os particulares em geral; mas, por outro lado, nada impede que os empregue dentro de parâmetros de necessidade, utilidade e razoabilidade, até porque semelhante atividade se configura como gestão dos interesses públicos, o que não se confunde com indisponibilidade.

Deste modo, conquanto seja vedada para algumas condutas que importem o exercício de poder de império ou de autoridade pública (*ius imperii*), a arbitragem pode ser adotada em situações nas quais seja predominante o aspecto de patrimonialidade, com incidência de indisponibilidade relativa. É o caso, por exemplo, de cláusulas financeiras em contratos celebrados pela Administração, sejam privados, sejam administrativos.

A cautela da Administração, ao socorrer-se da arbitragem, reside basicamente em não adotar qualquer comportamento que se caracterize como desvio de finalidade ou improbidade administrativa. O fundamento último da adoção do juízo arbitral é a obtenção de justiça mais célere e, tanto quanto a justiça clássica, imparcial. Nesse aspecto, estará a

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 32.

Administração observando a finalidade última da ação administrativa – o interesse público. Por isso mesmo, ainda que incipiente o uso da arbitragem pelo Poder Público, os Tribunais têm admitido, expressa ou tacitamente, sob o fundamento de que não há expressa vedação para tal fim e de que o objetivo se preordena.⁷¹

Portanto, a classificação dos atos administrativos pelo critério das prerrogativas, em atos de gestão e de império, possibilita a mudança do enfoque da questão, permitindo a utilização do procedimento da arbitragem quando envolver atos de gestão, já que ao praticar tais atos de gestão a Administração age como se particular fosse, no mesmo plano jurídico, sem sujeição entre esta e o administrado.

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, afirma que *“a reparação do dano causado pela Administração a terceiros obtém-se amigavelmente ou por meio de ação de indenização...”*⁷². Ou seja, a doutrina mais abalizada preleciona como medida salutar a solução consensual de conflitos, inclusive na esfera administrativa.

Neste diapasão, apesar de algumas posições contrárias, vem evoluindo na doutrina e na jurisprudência o entendimento no sentido de admitir a utilização da arbitragem no âmbito da Administração para o tratamento de questões de cunho patrimonial, podendo-se citar como exemplos os conflitos inerentes às obrigações estabelecidas em contratos administrativos, incluindo as consequências (sanções, etc.) pela não observância das disposições pactuadas.

⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 931.

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 631.

5 ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

É importante ressaltar que as grandes sociedades de economia mista federais, como o Banco do Brasil, a Eletrobras, a Petrobras e suas subsidiárias (também sociedades de economia mista) possuem significativo papel na economia brasileira, sendo responsáveis, inclusive, por investimentos e empreendimentos realizados no país.

A possibilidade de submissão de conflitos decorrentes destas relações contratuais à arbitragem é um fator bastante considerado para que investidores privados nacionais e estrangeiros apliquem seus capitais.

A abertura ao mercado, com a disponibilização de ações em bolsa de valores, representa um avanço dessas sociedades de economia mista no cenário mundial, onde, como se sabe, a arbitragem tem sido largamente utilizada.

Na busca da transposição dos argumentos contrários à arbitragem, torna-se também imperioso o reconhecimento das vantagens que o método arbitral pode conferir à solução de litígios decorrentes de contratos celebrados pela Administração Pública, sobretudo a celeridade e a eficiência técnica na análise dos conflitos. Isso sem falar na atratividade, frise-se, conferida pelo mercado a tal método de resolução de conflitos para a celebração de negócios caracterizados por investimentos de altos riscos, em um contexto em que as grandes sociedades estão forçosamente dependentes da cooperação privada para a participação no mercado concorrencial.

Algumas dessas vantagens, como, por exemplo, a especialização técnica das decisões arbitrais, podem ser consideradas pelas partes como verdadeiras garantias de que a solução da divergência oriunda do contrato chegará, no menor espaço de tempo, ao melhor termo possível.

Mesmo diante de tais vantagens, ou mesmo garantias, a discussão a respeito da possibilidade de adoção da arbitragem pelas sociedades de economia mista vem se arrastando por anos a fio sem qualquer superação da divergência provocada principalmente pelo TCU. Muito embora exista ampla jurisprudência

favorável à utilização da arbitragem pela Administração Pública, os gestores temem penalizações advindas da Corte de Contas, ainda mais se considerarmos que sua utilização está, na maioria das vezes, atrelada a contratos administrativos de grande complexidade e altas cifras.

O Tribunal de Contas da União tem reiteradamente se manifestado pela inadmissibilidade da solução arbitral de controvérsias oriundas de contratos administrativos, não fazendo, ao que se percebe, distinção mais aprofundada acerca da natureza dos interesses em conflito, isto é, prefere fazer tábula rasa da interpretação do que vem a ser direito indisponível (presumindo-o como interesse coletivo). Mais absurdo ainda é a justificativa relativa à ausência de lei específica que admita a utilização da arbitragem em contratos administrativos. Ora, a própria Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993), em seu art. 54, admite expressamente a aplicação supletiva da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

As decisões do mencionado Tribunal sobre a matéria estabelecem que a utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública é contrária aos princípios de direito público, notadamente, aos princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade (ausência de autorização expressa em lei para utilização de tal instituto pelos entes integrantes da Administração Pública).

As atividades inerentes ao poder de império da Administração Pública, diretamente relacionadas ao interesse público primário, naturalmente indisponível, não são sujeitas à arbitragem. Todavia, pode-se dizer que as atividades correlatas a tais direitos poderão ser objeto de arbitramento.

Para corroborar tal entendimento, apresenta-se o valioso ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho, como a seguir:

Atos de império são os que se caracterizam pelo poder de coerção decorrente do poder de império (*ius imperii*), não intervindo a vontade dos administrados para sua prática. Como exemplo, atos de polícia (apreensão de bens, embargo de obra), os decretos de regulamentação etc.

O Estado, entretanto, atua no mesmo plano jurídico dos particulares quando se volta para a gestão da coisa pública (*ius gestionis*). Nessa hipótese, pratica atos de gestão, intervindo frequentemente a vontade de particulares. Exemplo: os negócios contratuais (aquisição ou alienação de bens). Não tendo a coercibilidade dos atos de império, os atos de gestão reclamam na

maioria das vezes soluções negociadas, não dispondo o Estado da garantia da unilateralidade que caracteriza sua atuação (original sem grifos).⁷³

Portanto, o administrador público deve, como representante da Administração Pública, dispor de certa margem de autonomia contratual e, deste modo, prevenir controvérsias por intermédio da arbitragem, de forma ágil e eficaz em benefício do próprio interesse público.

Além de todos os argumentos já ressaltados em prol da arbitragem, é preciso destacar que diversos princípios constitucionais podem servir para alicerçar a tese de que de tal meio alternativo para solução de controvérsias é plenamente adequado no âmbito da Administração.

O princípio da eficiência administrativa é um deles. Como um bom gestor público pode ser eficiente se aceita aumentar seus gastos futuros, por exemplo, com a judicialização de litígio em que previamente verifica que sairá perdedor, arcando com os ônus internos e outros custos/despesas processuais? A boa gestão, assim, também está refletida na solução eficaz, célere e menos dispendiosa de controvérsias.

É necessário, portanto, diante da distante pacificação da controvérsia, a análise e a transposição dos obstáculos impostos pela Corte de Contas para utilização tal método de composição de controvérsias (a arbitragem) pelas sociedades de economia mista.

O primeiro obstáculo apresentado pelo TCU para a efetiva aplicação do instituto da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública refere-se à falta de autorização expressa em lei.

A transposição deste obstáculo, ou seja, a dita autorização legal, poderia ser extraída diretamente do artigo 54 da Lei n. 8.666/93 que estabelece que os contratos administrativos se regulam por suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, com a aplicação supletiva da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Adilson Abreu Dallari, discorrendo sobre tema, explica que:

⁷³ Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 931.

Apreciando o processo de contratação de concessionário para exploração da ponte Rio-Niterói, o Tribunal de Contas da União (Decisão nº 763/94) determinou o seguinte: c) excluir as disposições dos itens 204 e 208 do Edital de Propostas de Tarifa que estabelecem a arbitragem como método para a resolução de conflitos entre a concessionária e o DNER, ante a inexistência de fundamento legal para adoção de tal instituto em contratos administrativos, consoante decisão do Tribunal de 15.7.93 (Ata nº 29/93. Decisão 287/93 – Plenário).

Tal entendimento, quando estabelecido, já estava equivocado, pois efetivamente já havia naquela ocasião fundamento legal para a arbitragem, embora não explícito.

Com efeito, o art. 54 da Lei nº 8.666, de 21.6.93, assim dispõe: (...).

Isso significa que poder-se-ia ter aplicado, supletivamente e no que coubesse, o disposto nos artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil (que trata do Compromisso, ao dispor sobre o Direito das Obrigações), e nos artigos 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil (que cuida do Juízo Arbitral) .

74

Para Irene Patrícia Nohara, o entendimento de que o mencionado dispositivo da Lei de Licitações contém uma autorização genérica para a utilização da arbitragem pelos entes integrantes da Administração Pública, direta ou indireta, foi reproduzido também pelo Superior Tribunal de Justiça:

Tal orientação foi reproduzida na decisão do RESP 11.308/DF, segundo a qual o STJ admitiu a possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem, desde que em matérias envolvendo direito público disponível, isto é, em assuntos de natureza contratual ou privada.⁷⁵

A alegada falta de autorização legal para adoção da arbitragem pela Administração Pública em qualquer caso também pode ser genericamente extraída das leis que autorizam sua utilização pelos entes estatais, como, por exemplo, as Leis n. 8.987/95, artigo 23-A e n. 11.079/04, artigo 11, inciso III.

Carmen Tibúrcio também entende que tal conclusão é resultado de uma análise ampliativa dos ensinamentos de Caio Tácito a seguir transcritos:

A questão do cabimento do juízo arbitral, em matéria pertinente a contratos administrativo, assumiu aspecto novo com o advento da Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre concessões e permissões de serviços e obras públicas. (...)

A partir do exposto critério quanto aos contratos de concessão, cujo modelo federal se transmite como norma geral aos planos estadual e

⁷⁴ DALLARI, Adilson Abreu. *Arbitragem na concessão de serviço público*. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. 128:65, 1995.

⁷⁵ Nohara, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*, p.419

municipal, a doutrina passou a reconhecer o ingresso do arbitramento em matéria administrativa .⁷⁶

Note-se, por oportuno, que as matérias versadas nas leis supramencionadas estão atreladas à atividade própria da Administração Pública, qual seja, a execução de serviços públicos.

A Lei n. 9.307/1996 traça, em seu artigo 1º, dois limites à utilização da arbitragem para solução de divergências contratuais, sendo um deles objetivo (direitos patrimoniais disponíveis) e outro subjetivo (capacidade civil de pessoas físicas ou jurídicas).

Diante do exposto, a alegação do Tribunal de Contas da União de que o uso da arbitragem pela Administração estaria vedado por afronta ao princípio da legalidade restaria superada.

O segundo obstáculo apontado pelo Tribunal de Contas da União, para utilização da arbitragem em contratos em que a Administração Pública seja parte, está relacionado ao limite objetivo estabelecido pela Lei de Arbitragem, qual seja, a existência de controvérsia envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

Conforme dito, os direitos podem ser classificados como patrimoniais ou não patrimoniais. Serão patrimoniais aqueles decorrentes de relações jurídicas obrigacionais (contratos, declarações de vontade e atos ilícitos). Já os de cunho não patrimonial estão diretamente relacionados aos direitos da personalidade (vida, honra, imagem e outros).

Os direitos patrimoniais podem ainda ser subdivididos em disponíveis ou indisponíveis e aqui se encontra o cerne para a transposição do segundo argumento contrário à utilização da arbitragem pelas sociedades de economia mista, considerando que a Corte Contas aduz que os interesses tutelados pela Administração são públicos, não sendo autorizada sua disposição.

Por sua clareza ao tratar do tema, Eros Roberto Grau é sempre citado por aqueles que analisam o cabimento da arbitragem no âmbito da Administração Pública:

⁷⁶ TIBÚRCIO, Carmen. *A arbitragem envolvendo a administração pública*. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/AARBITRAGEMDENVOLTENDOADMINISTRACAOPUBLICA.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2012.

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 e indisponibilidade do interesse público.

(...)

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 delas. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum.⁷⁷

Tais ensinamentos fundamentam a conclusão de que a admissão do pacto arbitral na Administração Pública, seja ela direta ou indireta, está aparada pela existência de direitos patrimoniais disponíveis e instrumentais à execução do chamado interesse público.

Ressalte-se, ainda, que a disponibilidade está diretamente relacionada à possibilidade de alienação e de transação do direito.

José dos Santos Carvalho Filho ensina que a indisponibilidade dos bens públicos significa apenas que o Poder Público não pode disponibilizar seus recursos com total liberdade, como o fazem os particulares em geral; mas, por outro lado, nada impede que os empregue dentro de parâmetros de necessidade, utilidade e razoabilidade, até porque semelhante atividade se configura como gestão dos interesses públicos, o que não se confunde com indisponibilidade⁷⁸.

O doutrinador antes citado preleciona ainda que “*não há dúvida de que o Estado há de ter cautela redobrada no que tange ao emprego de recursos públicos*”⁷⁹. Todavia, o próprio autor reconhece a possibilidade de realização de acordos visando pôr fim a conflitos dentro de parâmetros juridicamente plausíveis.

Portanto, se é possível à Administração transigir, por exemplo, a respeito de equilíbrio econômico-financeiro de determinada contratação, seria descabido negar-lhe a possibilidade de submeter o mesmo conflito à arbitragem, nos moldes do artigo 1º da Lei n. 9.307/96.

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e Contrato Administrativo*, p.20.

⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 855.

⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 855.

Outro exemplo que pode auxiliar na compreensão acerca do cabimento da arbitragem pode ser extraído do artigo 87, inciso II, da Lei nº 8.666/93⁸⁰. A inexecução, total ou parcial, de contratos administrativos gera para seus respectivos gestores o dever de aplicar penalidades, como a multa pecuniária.

Ainda que não seja dada à Administração a possibilidade de dispor deste direito-dever decorrente da Lei nº 8.666/93 de aplicar a sanção, nada obstará a submissão ao julgamento pelo juízo arbitral da discussão a respeito do montante da multa a ser aplicada. Poderia ser discutida, na hipótese, a divergência de interpretação na cláusula que estabelece a contagem do prazo ou os parâmetros para aplicação da penalidade.

Note-se que, em eventual discussão judicial do litígio, as partes poderiam inclusive transacionar, ou seja, objeto da discussão revela-se claramente disponível.

Da mesma forma, a própria Administração poderia, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, reduzir o montante da multa.

É importante ressaltar que a Lei n. 8.666/1993 em seu art. 87 se apropria de definições genéricas para apuração das penalidades aplicáveis aos contratantes (inexecução total ou parcial do contrato).

Diante destes conceitos vagos, a Administração Pública, antes da aplicação de qualquer penalidade, deve estar atenta à finalidade da norma, buscando evitar prejuízos aos fornecedores e prestadores de serviço, capazes de, até mesmo, extirpar da contratação a necessária comutatividade e conferir enriquecimento sem causa ao ente estatal.

Para atingir a verdadeira finalidade da lei, a reprimenda ao descumprimento contratual deve ser aplicada em observância à razoabilidade e à proporcionalidade,

⁸⁰ Lei n. 8.666, art. 87 - Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
I - advertência;
II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

tornado-se necessária, para o cálculo do tipo e do montante da pena, a verificação da efetiva lesão causada pelo contratante à Administração Pública.

Ora, se é permitido à administração adotar critérios de proporcionalidade e razoabilidade para fixar o montante a ser aplicado ao contratado inadimplente, também seria possível estabelecer previamente cláusula prevendo a submissão deste tipo de controvérsia (assim como de outras de cunho meramente patrimonial) ao juízo arbitral.

E nem se diga que à Administração só é permitido fazer o que a lei permite e que, por esse motivo, não encontra guarida a ideia de arbitragem nos contratos administrativos típicos, pois a própria lei geral (Lei n. 8.666/1993), que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, traz na inteligência do seu artigo 54 o exposto entendimento de que os contratos administrativos, embora regulados pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito públicos, também sofrem a incidência supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Marçal Justen Filho fulmina a discussão com os seguintes argumentos:

Com o devido respeito, discorda-se desse entendimento. A indisponibilidade dos interesses sob tutela estatal não significa a indisponibilidade dos direitos de que a Administração Pública é titular. Aliás, se prevalecer o entendimento contrário à arbitragem, a Administração Pública sequer poderia participar de contratos Administrativos. Nem se lhe poderia reconhecer autonomia para produzir qualquer manifestação de disposição sobre bens e direitos. Veja-se que uma contratação importa a transferência de bens ou direitos da órbita da Administração pública para a esfera de terceiros.

Talvez se possa reconhecer um certo temor dos órgãos de controle sobre a redução de sua competência em virtude da difusão da arbitragem. É que, difundida a solução da arbitragem, a decisão adotada pelos árbitros apenas poderia ser revista (eventualmente) pelo Poder Judiciário. Ainda assim, esse fenômeno não envolve maior dificuldade, na medida em que a arbitragem produz um equivalente jurisdicional.

O entendimento adotado é o de que a arbitragem é um instrumento indispensável para a solução rápida de litígios dotados de grande complexidade, propiciando a superação de dificuldades clássicas no âmbito da Administração Pública. Aliás, propicia a redução da esmagadora carga de trabalho do judiciário e, talvez dos próprios Tribunais de Contas.

Mais ainda, se houvesse precedência na tese, então seria inconstitucional o art. 23-A, da Lei nº 8987/95, que faculta expressamente a adoção da

arbitragem no âmbito dos contratos de concessão. Do mesmo modo, considerar-se-ia inconstitucional o art. 11, inc. III, da Lei nº 11.079/2004, o qual possibilita o uso da arbitragem para dirimir conflitos no âmbito dos contratos de parceria público-privada. Se o argumento invocado é o de que a natureza indisponível do chamado "interesse público", impede a consagração contratual de cláusula compromissória, então nenhuma lei que dispusesse sobre as contratações com a Administração Pública poderia assim o facultar, sob pena de caracterização de sua inconstitucionalidade.

81

Logo, sendo o objeto em discussão de cunho patrimonial disponível, como no exemplo em comento, é possível à Administração se valer da arbitragem para pacificação da questão. Parece evidente.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 539.

CONCLUSÃO

Como visto neste trabalho, a ideia de solução heterocompositiva de controvérsias deve ser reconhecida com bastante efusividade na atualidade, apesar da resistência que alguns ainda insistem em impor a determinadas situações, como as envolvendo contratos celebrados por sociedades de economia mista, sobretudo daquelas que atuam no mercado concorrencial.

A solução construída pelas partes reduz a quantidade de processos levados ao Judiciário e, além de outros aspectos importantes, possibilita o cumprimento mais célere e eficaz das obrigações assumidas, haja vista também a maior flexibilidade da discussão quanto aos anseios de cada um dos envolvidos. Ora, os conflitos, de maneira geral, podem ser resolvidos por meios consensuais, fazendo com que os envolvidos se tornem verdadeiramente componentes do processo de pacificação.

É sabido que tem se incentivado cada vez mais a busca de outros mecanismos adequados à solução de controvérsias, que não por meio da jurisdição clássica estatal. O Poder Judiciário, inclusive, corrobora tal assertiva ao fomentar as já conhecidas “semanas da conciliação”.

No âmbito da Administração Pública, os tribunais de contas, órgãos tidos como auxiliares do Poder Legislativo, devem melhor enfrentar o assunto e deixar claro o entendimento de que a resolução amigável, inclusive na esfera administrativa, é desejada e aceitável. Obviamente que o aprimoramento da utilização de métodos de solução de controvérsias também passa pela necessidade de conscientização dos gestores públicos quanto à vantajosidade da solução pela via do consenso, ao invés da “via impositiva”, que se dá por meio de determinações/decisões (administrativas ou judiciais).

Neste contexto, após a publicação da Lei n. 9.307/1996 e com a superação dos entendimentos contrários à sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, o ordenamento jurídico pátrio passou a dispor de regras que acompanham a evolução mundial em relação à arbitragem, método de heterocomposição de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

A arbitragem apresenta vantagens para a resolução de divergências se comparada à jurisdição estatal e está cercada de garantias para que se chegue ao melhor termo possível. Tornou-se uma ferramenta capaz de acompanhar a dinâmica da economia de mercado, com grande aceitação no mundo dos negócios. A celeridade da atuação do mercado exige que os conflitos nele originados sejam solucionados no tempo mais breve possível, fato que acaba por privilegiar a resolução de divergências por métodos caracterizados pela informalidade e rapidez.

É certo que, quanto aos ditos contratos privados da Administração, a matéria está pacificada, assim como, nos casos em que há previsão legal específica. Contudo, revela notar que não está devidamente exaurida a discussão acerca da arbitragem e sua aplicação nas demais relações empreendidas pela Administração.

Nada obstante, a doutrina e a jurisprudência majoritária demonstram aceitação da arbitragem quando se encontram em disputa direitos patrimoniais disponíveis, os quais, somados a demonstração de vantajosidade, são suficientes para afastar possível questionamento por parte da Corte de Contas.

Ocorre que, ainda que apresente indiscutíveis vantagens e garantias, a utilização da arbitragem pela Administração ainda é tímida. Mesmo nas sociedades de economia mista que atuam em regime de competição, não tem se admitido facilmente sua utilização, notadamente nos contratos regidos pela Lei n. 8.666/1993.

O entendimento da doutrina minoritária e do Tribunal de Contas da União, de que a utilização da arbitragem pelos entes componentes da Administração Pública está vedada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, acaba por conferir aos gestores receio de sua adoção.

Como visto ao longo do presente estudo, a falta de previsão legal pode ser superada pela própria lei geral de licitações e contratos (Lei n. 8.666/1993) cujo artigo 54 estabelece o entendimento de que os contratos administrativos, embora regulados pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito públicos, também sofrem a incidência supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. Ainda, a superação da alegada afronta ao princípio da legalidade pode ser encontrada genericamente nas leis que autorizam sua utilização pelos

entes estatais, como, a título exemplificativo, as Leis n.s 8.987/1995, artigo 23-A e 11.079/2004, artigo 11, inciso III.

Quanto à indisponibilidade dos direitos tutelados nos contratos celebrados pela Administração Pública, incluídas as sociedades de economia mista, restou demonstrado que o entendimento exarado pelo Tribunal de Contas da União também carece de aprofundamento. A jurisprudência e doutrina atual apresentam argumentos consistentes de que os contratos administrativos podem conter direitos patrimoniais disponíveis, perfeitamente sujeitáveis à arbitragem.

Com a demonstração da superação dos principais argumentos apresentados pelo TCU para a inviabilidade da arbitragem no âmbito dos contratos celebrados pela Administração Pública, direta e indireta, abre-se para a Corte de Contas a possibilidade de realização de uma análise mais abalizada da questão, que deverá levar em consideração as vantagens do instituto da arbitragem e o novo contexto concorrencial em que as sociedades de economia mista estão inseridas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Direito Arbitral*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo*. 3 ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. rev. atual. Rio de Janeiro, Forense: 1994.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DALLARI, Adilson Abreu. *Arbitragem na concessão de serviço público*. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. 128:65, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Arbitragem e prestação de serviços públicos*. Revista de Direito Administrativo, n.233, p.377-386, jul./set. 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e Contrato Administrativo*, em Revista Trimestral de Direito Público nº 32.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale Almeida. *Manual de Arbitragem*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei das Licitações e Contratos Administrativos*. 13 ed. São Paulo: Dialética. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

RICCI, Edoardo Flávio. *Lei de Arbitragem Brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. *Arbitragem: Um novo campo de trabalho*. 2 ed. São Paulo: Iglu Editora. 2000.

SCAVONE JUNIOR, Luis Antônio. *Manual de Arbitragem*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *A arbitragem como meio de solução de controvérsias*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 97, nº 353, jan./fev. 2001.

TIBÚRCIO, Carmen. *A arbitragem envolvendo a administração pública*. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/AARBITRAGEMDENVOLVENDOADMISTRACAOPUBLICA.pdf>>. Acesso em 24 mar. 2012.

WALD, Arnoldo. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.