

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: BREVES CONSIDERAÇÕES E PERSPECTIVAS ANALÍTICAS

ARBITRATION AND BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION: BRIEF OBSERVATIONS AND ANALYTICAL PERSPECTIVES

Ivan Aparecido Ruiz ¹

Taís Zanini de Sá Duarte Nunes ²

Alexandre Zaporoszenko Cavvazani ³

RESUMO: Pretende-se com o presente estudo alçar a Arbitragem como meio extrajudicial adequado e viável para a solução de litígios envolvendo a administração pública direta e a indireta. Aborda-se a respeito da possibilidade de a administração pública convencionar e ser parte em um processo arbitral, o que se questionava até a alteração da Lei n. 9.307/96, através da Lei 13.129/15. Desse modo, com apoio no método histórico, analisa-se a evolução legal da Arbitragem no Brasil, bem como de alguns julgados, como o caso da COMPAGAS x Consórcio Carioca Passarelli, em uma perspectiva analítica e indutiva a fim de comprovar, também por meio de fatos, que a Arbitragem é plenamente cabível no Brasil em litígios dos quais participem pessoas jurídicas de direito público.

Palavras-chave: Arbitragem; administração pública; lei 9.307/15.

ABSTRACT: This article aims to discuss the arbitration process as an instrument for extrajudicial dispute resolutions in which public administration takes part. The object of this study is the feasibility of the public administration to be a part in na arbitration process, which was intensively discussed until the change on the Arbitration Law 9.307/96 in 2015. Therefore, based on the historical method, the evolution of arbitration in Brazil will be analysed. Settlements such as those over COMPAGAS company and the Arbitration Law will be examined with the support of analytical and inductive methods in order to prove, by verifying the facts, that the arbitration process is completely acceptable in disputes related to legal persons of public law.

Keywords: Arbitration; public administration; law 9.307/15.

1 Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR). Professor Associado do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR) e do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Advogado.

2 Mestre em ciências jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Especialista em Direito do Estado e Relações Sociais pela Universidade Católica Dom Bosco (PUC/MS) e em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera/PR.

3 Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Nacional de Kiev Tarás Shevchenko/Ucrânia. Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR).

1 INTRODUÇÃO

Thomas Hobbes já dizia que “o homem é lobo do próprio homem”, afirmando que a natureza lhe impunha o estado de selvageria, de luta de todos contra todos. De fato, as disputas são constantes e naturais em qualquer lugar em que haja relação *inter-humanos*. O conflito de interesses sobre objetos, ou direitos abstratos, arrasta-se na história das civilizações. Desde tempos muito antigos, há alguns milênios, constatou-se a necessidade de resolver esses litígios. Como os Estados eram diminutos, em virtude da cultura patriarcal privada, muitos conflitos eram resolvidos no bojo do ambiente privado, havendo juízes civis desvinculados do Estado e outros vinculados a questões de ordem pública. Assim, foram sendo moldadas as jurisdições, ao longo da história e, juntamente com elas, surgiu, naturalmente, a Arbitragem, como forma de dar maior liberdade às partes na solução de seus próprios conflitos, afastando a necessidade de intervenção pelo poder central.

Com vistas à necessidade de resolver com maior rapidez os litígios, passou-se a adotar a Arbitragem, mormente, nas relações comerciais. Com o desenvolvimento do capitalismo, menos se desejou ter a participação da jurisdição estatal nos conflitos privados. O nascimento de Estados modernos liberais, impôs a individualização dos conflitos, de modo que as partes decidiriam como ajustar seus interesses e resolvê-los perante um árbitro que escolhessem.

No Brasil, o instituto da Arbitragem foi acolhido logo no início da época colonial e, desde então, aprimorou-se. A entrada em vigor da Lei 9.307/96 foi o impulso para que a Arbitragem se difundisse no ordenamento jurídico pátrio. A partir dessa data, a tradição, que se enfraquecera no século XX, tomou impulso, e muitas câmaras arbitrais começaram a surgir pelo país, na medida em que a demanda crescia.

Apesar dessa evolução, a administração pública ficou excluída das análises da Arbitragem por um bom tempo, vez que não se admitia sua capacidade para ser parte, em virtude da compreensão de que seu objeto era indisponível.

Foram necessários diversos processos, estudos comparados acerca da capacidade do ente público configurar parte no processo arbitral. À guisa de informação, em 2003, ainda não havia o entendimento por parte dos tribunais brasileiros sobre a participação da administração pública na Arbitragem, ao passo que, já em 2012, passou a ser plenamente reconhecida essa possibilidade, tanto que o caso de estudo da COMPAGAS, em 2011, constatou e deu maior ímpeto a esse entendimento, pela doutrina e pelos julgadores.

Felizmente, as recentes alterações na Lei n. 9307/96 veio pôr fim às discussões sobre a arbitralidade subjetiva da administração pública, declarando, expressamente, a sua capacidade de ser parte, admitindo-a, desse modo, capaz de contratar e de participar em processos arbitrais.

Nesse enfoque, será possível constatar que a admissão da pessoa jurídica de direito público no processo de Arbitragem só tende a contribuir com o sistema judiciário brasileiro, uma vez que permite dar maior celeridade à resolução dos conflitos. Assim, abre-se espaço ao judiciário para outras questões, tirando-lhe grandes cargas que podem ser resolvidas no âmbito privado, para que ele possa dar maior acesso à justiça aos demais cidadãos.

As recentes alterações vêm, portanto, estimular o processo de desjudicialização dos conflitos, contribuindo com a celeridade dos processos judiciais e a diminuição de despesas dos órgãos governamentais.

2 BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM

2.1 Evolução Histórica da Arbitragem no Mundo

Os estudos ainda não nos permitem apontar o exato momento e local de início do uso da Arbitragem, pois, como afirma Herick Mardegan, não é possível determinar quando, “pela primeira vez, duas pessoas diante de um conflito entenderam por bem escolher um terceiro, que poderia ser um líder local, ou um ancião de confiança de ambas as partes, para que o mesmo decidisse a questão.” (MARDEGAN, 2010, p. 29)

Segundo apontamentos históricos, as sociedades na idade antiga, entre 4.000 a.C e 476 d.C, possuíam estruturas independentes e diversas para a solução dos conflitos: geralmente, uma para resolver as questões de interesse público, cuja jurisdição pertencia ao soberano, e outra para as questões familiares, pertencendo ao patriarca ou matriarca o poder de decisão sobre o conflito. Cumpre salientar que os modos de jurisdição também variavam, assim como nos dias de hoje, de acordo com o povo, havendo diferenças consideráveis entre os povos orientais e ocidentais. Nos impérios do Oriente, a cultura jurídica dividia-se também entre o campo e a cidade, conforme ensinam Gonzaga e Roque:

Campo: a autoridade julgadora era composta por um conselho de anciãos ou julgador escolhido por estes para decidir questões entre iguais, envolvendo conflitos cotidianos, com base na tradição e religião familiar;

Cidade: havia o poder do rei, voltado a decidir questões entre comunidades dominadas e administradas. Tinha ele o poder de decidir causas e de determinar a solução de questões futuras, além de exigir impostos das comunidades familiares. Sua escolha era baseada em tradições religiosas. (GONZAGA; ROQUE, 2012, p.82)

Na época de Hamurabi (1.792 a 1.750 a. C.), Império da Babilônia, coexistiram juízes do templo e jurisdições leigas, as quais prevaleceram sobre as primeiras, como ensina Aracy Augusta Leme Klabin:

Os juízes civis organizam a instância e proferem sentenças. Os únicos competentes para receber declarações sob juramento continuam sendo os sacerdotes. A justiça leiga é administrada por juízes profissionais, governadores, prefeitos das cidades, assembleias de notáveis – podendo estas decidir por equidade. O rei continua juiz supremo. (KLABIN, 2004, p. 68).

Os hebreus, por volta de 1.200 a.C., passaram a adotar o costume das partes em conflito buscarem uma decisão junto ao seu líder, Moisés, a respeito da questão suscitada, o qual, mais tarde, delegou tal função a anciãos de confiança do povo, uma vez que encontrava-se exausto em virtude do acúmulo de funções, além da demanda exacerbada. Posteriormente, desenvolveu-se a organização judiciária com os “juízes das aldeias e do conselho de anciãos, onde Moisés é rodeado por 70 juízes, delegados nos casos difíceis.” (KLABIN, 2004, p. 126).

Entre os povos ocidentais, Atenas e Roma destacam-se como geradoras do embrião mais próximo do método que reconhecemos atualmente como Arbitragem.

Atenas destacou-se pela grande importância e influência na solução de conflitos, possuindo

duas espécies de órgãos de jurisdição, quais sejam: os grandes tribunais, competentes para julgamento dos crimes públicos e os julgadores singulares, responsáveis pelo julgamento de crimes menos importantes. Aqui, é necessário salientar que estes julgadores não tinham formação específica, eram leigos participantes na *polis*. (GONZAGA; ROQUE, 2012, p.84.). Além destes, a Arbitragem também era utilizada como método de solução de conflitos, diferenciando-se dos demais principalmente pelo fato de que os árbitros eram privados, podendo julgar por equidade e alcançando outras áreas do Direito.

A mitologia grega e as obras dos filósofos clássicos comprovam que a Arbitragem estava presente no cotidiano dos gregos da antiguidade, a exemplo do mito conhecido como “Pomo da Discórdia”, no qual Zeus escolhe Páris, por sua sabedoria e capacidade de proferir um bom julgamento, para decidir qual, entre as deusas, Hera, Afrodite e Atenas, mereceria a maçã de ouro com o título de mais bela. No que diz respeito a soluções arbitrais intermunicipais, um exemplo característico de tratado com cláusula compromissória foi o Tratado de Paz, de 445 a.C., entre Atenas e Esparta. (CAHALI, 2012, p. 29).

O Direito Romano do período clássico, entre 509 a.C e 27 a.C., traz o embrião da Arbitragem, como a conhecemos atualmente, uma vez que, após a submissão do conflito ao pretor, o processo deveria ser encaminhado para julgamento ao *iudex* ou a um árbitro privado, lembrando que os árbitros privados possuíam poderes de decisão, mas não de *coercitio*. (GONZAGA; ROQUE, 2012, p.86-92).

Estipulava-se a cláusula compromissória contratualmente e havia o compromisso de respeitar-se a decisão arbitral. Apresentava-se o “*compromissum*”, como um pacto legítimo e válido. A ação para assegurar o respeito ao compromisso e à cláusula compromissória era dada pelo pretor.

O juízo arbitral, que era mais simples e mais aberto que a jurisdição togada, permitia ao árbitro decidir sem se submeter a qualquer lei. O procedimento arbitral trazia mais vantagens e só se recorria à justiça togada quando a parte interessada estava convicta do sucesso final.

Na Idade Média, enquanto o sistema feudal estava fortalecido, a Arbitragem era utilizada para as questões de partilha ou de tutela, uma vez que alguns decretos esparsos delegavam competência aos clérigos e leigos para o julgamento de referidos conflitos. Todavia, o crescimento do comércio e da classe burguesa, fez com que a Arbitragem retornasse com grande força nas questões comerciais, uma vez que os mercadores uniam-se em busca de proteção e liberdade; assim, os conflitos também careciam de uma solução própria, como explica Herick Mardegam:

Como se vê, com a ampliação do comércio e fim do sistema feudal, o instituto da Arbitragem também volta a florescer, sendo observada uma verdadeira vocação da Arbitragem à seara comercial, com as primeiras câmaras arbitrais derivadas das associações comerciais, câmaras estas que continham tribunais de Arbitragem, onde atuavam os árbitros, escolhidos entre os próprios comerciantes. (MARDEGAN, 2010, p. 33).

O estabelecimento dos Estados Modernos provocou, a princípio, a decadência do uso da Arbitragem em detrimento dos sistemas jurisdicionais, prevalecendo sobre todos os outros métodos, o processo judicial. Somente com a revolução industrial e a globalização é que a Arbitragem voltou a ganhar força no mundo ocidental.

Em 1976, a ONU criou a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), com a finalidade de regulamentar o comércio internacional, a qual verificou a necessidade de padronizar as normas que tratavam da Arbitragem nos países a ela filiados. Sendo assim, disponibilizou, em 1985, a Lei Modelo Uncitral para servir de amparo aos países na reforma e modernização da Arbitragem Comercial. (UNCITRAL, 2016).

Como se nota, a Arbitragem tem sido tradicionalmente utilizada, desde a antiguidade clássica, para solução de questões mercantis e internacionais, o que decorre de sua própria natureza, apesar da sua utilização em algumas sociedades e períodos, para as questões familiares, como nos casos de partilha.

2.2 Evolução da normatização da Arbitragem no Brasil

As ordenações Filipinas, vigentes no Brasil durante o Brasil Colônia desde 1603 até a independência em 1822, permitiam o uso da Arbitragem, possibilitando o recurso ao Judiciário.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, previa o uso da Arbitragem em seu art. 160, para as causas cíveis e penais civilmente intentadas, permitindo às partes que convencionassem pela não utilização do recurso. (CAMPANHOLE, 1971, p.597).

Apesar disso, a Arbitragem só se efetivou com a promulgação do Código Comercial e do Decreto 737, ambos de 1850, os quais tornaram a Arbitragem obrigatória para casos que envolvessem seguro, contratos de locação e todas as questões de natureza mercantil e que envolvessem integrantes de uma sociedade comercial, conforme previa o art. 294, do Código Comercial.

Em 1866, a Lei n. 1.350, de 14 de setembro de 1866, revogou a obrigatoriedade do juízo arbitral para todas as situações em que havia tal previsão.

O Decreto n. 3.900, de 26 de junho de 1867, regulamentou o juízo arbitral do comércio, prevenindo a voluntariedade para o uso do instituto.

O Código Civil de 1916 trouxe regulamentação da Arbitragem em seus artigos 1037 a 1048, prevendo apenas o compromisso arbitral como forma de instituição da Arbitragem para resolver seus litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis, devendo ser contratado por escrito e podendo ser firmado judicial ou extrajudicialmente, por instrumento público ou particular.

O Código de Processo Civil de 1939 e o de 1973 trouxeram como obstáculo ao uso da Arbitragem no Brasil, a exigência da homologação judicial e possibilidade de recurso ao judiciário.

No Congresso Nacional, somente na década de 1980, tramitaram três anteprojetos de lei sobre o mesmo tema, o que demonstrou a preocupação do legislador em dotar o país de uma legislação mais moderna e condizente com os padrões internacionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, trouxe a previsão, o art. 114, § 1º, da via arbitral como opção para resolução de dissídios coletivos na área trabalhista.

Finalmente, em 23 de setembro de 1996, foi promulgada a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, a qual foi inspirada na lei modelo disponibilizada pela UNCITRAL, sofrendo alterações em 2015, pela Lei 13.129.

Com a nova Lei de Arbitragem, todos os dispositivos codificados anteriormente ficaram expressamente revogados, assim como as disposições em contrário. Passou-se a impedir que as partes recorressem ao judiciário depois de terem optado pelo juízo arbitral.

Embora a Arbitragem não tenha sido proibida na administração pública, não havia cultura para o seu uso nesta área, uma vez que as leis não regulamentavam esse uso de forma expressa, existindo temor de ofender princípios do Direito Administrativo, como os princípios do interesse público, da publicidade e da legalidade.

Necessário salientar que, anteriormente à reforma da Lei n. 9.307/96, doutrinadores como Diogo de Figueiredo Moreira Neto já defendiam o uso da arbitragem pela administração pública, como esclarece o autor:

Segue-se o princípio da consensualidade, com grande importância no que tange à efetiva realização da democracia a partir de seu emprego na Administração Pública. Embora a imperatividade se constitua como característica própria da atuação do Estado — pois que este tem como atributo a concentração monopolista do poder coercitivo — é indubitável que o progresso das relações sociais, notadamente beneficiadas com os avanços na educação, na informação, na comunicação e, destacadamente, na prática democrática, tem substancialmente ampliado a atuação consensual do Poder Público. Assim é que se tem somado aos pactos públicos tradicionais — os contratos e atos administrativos complexos, como os convênios e consórcios

administrativos — uma profusão de novas relações negociadas admitidas, em que se privilegia o consenso como método adequado para um mais fácil, mais célere e menos dispendioso atingimento de interesses públicos específicos postos a cargo do Estado. (MOREIRA NETO, 2011, p. 32)

Arnoldo Wald e André Serrão, já afirmavam em 2008, que a validade da cláusula compromissória nos contratos de direito administrativo era uma concepção já estabelecida pela legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras, em decorrência de inúmeros fatores como a globalização da economia, o aumento do comércio internacional, a necessidade de enxugar a infraestrutura do Estado e a morosidade do judiciário. (SERRÃO; WALD, 2008, p.12).

Dessa forma, justificam-se as alterações decorrentes da Lei 13.129/2015, para que as barreiras culturais quanto ao uso da Arbitragem pela administração pública fossem, de uma vez por todas, derrubadas, de modo a tornar a solução dos litígios no Direito Público, mais céleres e democráticos.

3 ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Arbitragem sempre teve acolhida em solo pátrio, conforme visto anteriormente; todavia, somente nos últimos 20 anos, com o descrédito do Judiciário enquanto meio mais adequado para solução de todos os tipos de conflitos e com a publicação da Lei 9.307/96, é que a concepção da arbitragem como método alternativo mais célere e menos oneroso que o processo judicial passou a ser difundida no Brasil.

Um importante marco nacional para difusão do uso de métodos consensuais em conflitos da administração pública foi a previsão do art. 23, XV, da Lei 8.987/95 (Lei de Regime de Concessão e de Prestação de Serviços Públicos), que consagrou como essencial, nos contratos de concessão, a previsão de um modo amigável para solucionar as controvérsias contratuais.

A partir deste marco, os meios alternativos de solução de conflitos passaram a ter maior relevância, alcançando leis posteriores, referentes às demais contratações públicas com pessoas jurídicas de direito privado, como a Lei da ANATEL, n. 9.472/97, que dispõe em seu art. 93, inciso XV, quanto à obrigatoriedade de cláusula sobre foro e modo extrajudicial de resolução de conflito. (LEMES, 2003, p. 13).

Contudo, as discussões na seara doutrinária, quanto à participação da administração pública direta e indireta nos processos arbitrais, permearam questionamentos a respeito da ausência de requisitos essenciais de arbitrabilidade subjetiva e objetiva por parte do Estado.

Com relação a arbitrabilidade subjetiva, parte da doutrina questionava a capacidade do Estado para optar pela Arbitragem através da convenção arbitral, alegando-se ofensa ao princípio da legalidade, por não existir expressa previsão legal que permitisse tal opção.

Todavia, com a evolução do modo consensual de solução de conflitos, surgiu a necessidade de reformar a Lei de Arbitragem, o que foi realizado através da Lei n. 13.129/15, que teve como função principal, dotar, expressamente, os órgãos de caráter público - total ou parcialmente - no rol dos capazes de contratar a Arbitragem. Apesar disso, vários doutrinadores já consideravam a possibilidade da Administração Pública celebrar contratos com cláusulas compromissórias.

Sobre o aspecto da arbitrabilidade objetiva, alegam, alguns dos doutrinadores que se opõem ao uso da Arbitragem pela administração pública, que estaria impedida em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, independente de sujeitarem-se ao regime de direito privado, como no caso das sociedades de economia mista e empresas públicas, tendo em vista a previsão do art. 1º da Lei 9.307/96, que prevê que só podem ser submetidos à Arbitragem os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Sintetizando, os principais requisitos para que a pessoa jurídica de direito público possa recorrer à Arbitragem são: a capacidade de contratar e que o objeto seja de direito patrimonial disponível, mesmos requisitos para a pessoa de direito privado, já previstos anteriormente.

Cabe ressaltar que o disposto vale para conflitos entre os próprios órgãos de administração pública, bem como entre administração pública e entes privados. Consoante o parágrafo 2º, do art. 1º, no que tange a administração pública direta, caso da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, é celebrante da convenção arbitral a pessoa com autoridade de contratar ou o órgão a que compete celebrar contratos - no caso, órgão que detém o interesse direto na transação do direito.

Apesar de a administração pública poder convencionar quanto a Arbitragem em contratos, deverá obedecer a uma série de princípios, uma vez que representa a coletividade, acompanhando, no ordenamento jurídico, o Princípio da Supremacia do Interesse Público.

Nessa linha de análise, torna-se relevante a discussão sobre a noção do objeto da Arbitragem, quais sejam: os direitos patrimoniais disponíveis, reconhecidos pela doutrina majoritária como arbitrabilidade objetiva.

Consoante o entendimento de Selma Lemes, a arbitralidade objetiva corresponde ao "... objeto da matéria a ser submetida a Arbitragem ...", assim:

[...] no direito administrativo, há matérias que são de direitos indisponíveis, em que o ente público age com poder de império, e outras, no campo do direito privado (poder de gestão) em que lhe é autorizada margem de negociação que não agrida ou conflite com o interesse público. (LEMES, 2003, p.5-6).

Dessa maneira, o Estado deve obedecer ao Princípio do Interesse Público, contratando apenas aquilo que está de acordo com o interesse da sociedade e com a disponibilidade de negociação.

Conforme defende Moreira Neto, o interesse público pode ser primário ou secundário. Aquele define a segurança e o bem-estar da sociedade, cabendo ao Estado satisfazê-lo fora do mercado; já este, deriva de natureza instrumental, referindo-se às pessoas jurídicas que o administram, e existem para que os interesses primários sejam satisfeitos, resolvendo-se em direitos patrimoniais e, por isso, tornam-se disponíveis (MOREIRA NETO, 1997, p. 84). Dessa forma, o interesse secundário é monetariamente quantificado, passível de contratação e de concretização dos interesses finais da população, e conclui o referido autor:

A admissibilidade da arbitragem pelo Estado, como técnica social para dirimir disputas de interesses com particulares, fica, pois, necessariamente ligada ao conceito que se tenha da natureza jurídica desse instituto: ou como uma alternativa jurisdicional ou como uma obrigação contratual. (MOREIRA NETO, 1997, p. 85).

Giovanini e Pereira esclarecem que a concepção mais moderna a respeito do interesse público é a de que existem múltiplos interesses públicos, conforme os objetivos constitucionais atribuídos à Administração Pública, a saber:

No que concerne à identificação da existência ou não de interesse público em determinada situação, parte da doutrina entende que devem ser levados em conta os objetivos contextuais daquela circunstância em concreto, o que se faz à luz dos contextos social e normativo específicos ao caso. Há relativo abandono do conceito tradicional de interesse público, pois, em virtude de sua generalidade, calcada em situações não contextualizadas, não se mostra capaz de alcançar com eficácia os objetivos específicos do Estado. (GIOVANINI; PEREIRA, 2011, p. 1150).

É elucidativa a análise feita por Giovanini e Pereira, uma vez que abordam a temática da

disponibilidade do bem público tendo como escopo a noção de função de gestão e de operacionalização da administração pública para alcançar o interesse público primário. Assim, entende-se que o interesse público – que é indisponível – não se confunde com o bem público, que pode ou não ser indisponível. Essa característica é modelada conforme as circunstâncias no desenvolver da atividade do ente público. (GIOVANINI; PEREIRA, 2011).

Assim, menciona-se o caso entre a COPEL e a Energia Rio Pedrinho SA, em que se debateu, no Tribunal do Paraná, a questão da indisponibilidade do interesse público na contratação de compra de energia elétrica pela sociedade de economia mista paranaense, a qual agravou decisões que se coadunavam com o entendimento da aplicação da solução arbitral para o litígio entre as companhias. De fato, o interesse público sobre o fornecimento de energia elétrica é indisponível, uma vez que não se escolhe realizá-lo ou não, mas se o realiza. Nesse processo, a operacionalização do sistema é atividade e interesse da administração pública, que, a fim de obter energia, pode contratar e comprar de outros entes particulares. O fim, para o interesse público, é a distribuição; entretanto, o meio, a contratação, o bem e, principalmente, a operacionalização desse fim podem, como no dado caso, ser disponíveis. Como bem se evidencia no estudo de Giovanini e Pereira, é necessário, obviamente, razoabilidade e proporcionalidade durante a execução de sua função de gestão e a escolha do tribunal arbitral. (GIOVANINI; PEREIRA, 2011).

Ao tratar da indisponibilidade do interesse público, Mauro Roberto Gomes de Matos explica que é necessário vislumbrar, diferenciando-se o objeto social da empresa paraestatal, a prestação do serviço público do exercício da atividade econômica, da seguinte maneira:

[...] no primeiro pela supremacia do interesse público o direito é indisponível, enquanto no último pela ausência dessa supremacia, o direito é disponível. Este divisor de águas se faz necessário, pois partindo da premissa declinada podemos definir que tipo de direito se revela (disponível ou não), para após verificar se pode haver ou não a arbitragem como forma de solução de controvérsia, surgida na execução do contrato firmado com a empresa estatal, pois o artigo 1º da Lei de Arbitragem elenca os direitos patrimoniais disponíveis como os que poderão valer-se dos dispositivos da Lei 9.307, de 3.09.96. (MATOS, 2001, p. 121).

Nesta toada, vêm-se, por fim, ao encontro da patrimonialidade e, pois, da disponibilidade do objeto.

De acordo com Tânia Lobo Muniz, patrimônio corresponde a uma universalidade de bens móveis e imóveis ou semoventes mensuráveis economicamente, possibilitando, assim, um valor monetário. Conforme esclarece a autora, direitos sobre um bem passível de apropriação ou de alienação contido no patrimônio de um indivíduo caracteriza-se como patrimonial. Desse modo, direito patrimonial é aquele que se apresenta sob a propriedade da pessoa, sendo esta, titular de um bem jurídico que se encontra no regime jurídico civil de contratos. Nesse enfoque, a administração pública não pode celebrar contratos que envolvam direitos não passíveis de valoração pecuniária, inalienáveis ou intransferíveis a terceiros. Um prédio, de uso particular de um órgão público, pode ser objeto de contrato e, conseqüentemente, de convenção arbitral. Entretanto, o serviço de polícia, em sentido amplo, não pode, porquanto é de uso coletivo, intransferível das mãos do Estado, que tem o dever de zelar pela segurança jurídica dos atos, segundo seu poder de império. (MUNIZ, 2000, p.117).

No que tange a disponibilidade, a professora Muniz destaca que os objetos disponíveis são aqueles, em torno dos quais ocorre um negócio jurídico atinente à alienação ou à propriedade, sendo, portando, correspondentes a interesses individuais. De acordo com as palavras da especialista em Arbitragem,

[...] a expressão da lei alcança todo e qualquer direito disponível, incluindo os intangíveis ou imateriais, relativos ao direito comercial, como o direito ao “nome”, “fundo de comércio”, “marcas e patentes” etc. Os indisponíveis, que correspondem aos vedados

de serem vendidos, doados, cedidos, negociados, não poderão, portanto, ser objeto de questão a ser resolvido por via arbitral. (MUNIZ, 2000, p. 117).

Face ao exposto, é possível depreender que o direito de disponibilidade refere-se à possibilidade de alienar, transferir o bem, por meio de contrato. No caso de uma obra necessária, é possível contratar; no entanto, no caso de direitos do servidor público, não é possível. Uma obra pública tem valores, é possível entregá-la a terceiros. Em contrapartida, os direitos dos servidores públicos são de interesse geral e coletivo, garantidos pela Constituição Federal, não sendo possível a sua transação por meio de contrato, uma vez que servem de segurança ao bom funcionamento da administração pública, que é do interesse de toda a sociedade.

A questão da disponibilidade pode ir um pouco além. A administração pública não pode dispor de interesse público, o qual tem supremacia constitucional. Como então pode ela tratar de direitos que seriam de interesse coletivo? Como pode ela vender propriedades que poderiam ser de interesse da população?

É preciso definir que interesse público é sempre indisponível, pois guarda a ordem social. Ao mesmo tempo de análise, é necessário identificar que a disponibilidade em questão não se refere ao interesse em si, mas ao direito que se encontra sob titularidade, propriedade, da administração pública, que o detém para satisfazer os interesses sociais.

Faz-se relevante destacar a posição de Marçal Justen Filho, para o qual:

O argumento de que a Arbitragem nos contratos administrativos é inadmissível porque o interesse público é indisponível conduz a um impasse insuperável. Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a Arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. Assim como a Administração Pública não disporia de competência para criar a obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio contratual. Ou seja, seriam inválidas não apenas as cláusulas de Arbitragem, mas também e igualmente todos os contratos administrativos. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 824-825).

Desse modo, a administração pública adquire seus bens por meio de contratação. Sendo assim, não obstante estar seguindo o princípio da indisponibilidade do interesse público, está contratando, criando obrigações e vinculando-se a prestações contratuais administrativas. Assim, a titularidade passa a ser do órgão público. Não fosse possível negociar tais direitos, não se poderia sequer contratar. Nesse sentido, a administração vincula-se às obrigações, disponibilizando direitos cuja titularidade detém; observando, sempre, a melhor opção para atender ao interesse público. Nesse contexto, o direito pode ser disponível, pois está sob propriedade da administração pública, que contratou, em geral, para obtê-lo, mas será indisponível quanto à perspectiva do interesse público, sendo transigível em momentos em que haja efetiva necessidade e interesse públicos envolvidos. Nisso, configura-se o pensamento da possibilidade de transação do direito: disponibilizar por contrato *versus* manter o interesse público.

3.1. Regramento da Arbitragem envolvendo a Administração Pública

3.1.1. Da Convenção de Arbitragem

Devido às recentes mudanças oriundas da Lei n. 13.126/2015, pouco se tem, ainda, sobre regras específicas de procedimento da Arbitragem nesse âmbito. As câmaras de Arbitragem do país estão em processo de adaptação à nova lei, e, portanto, as regras mais específicas ainda estão em elaboração.

Apesar desse contexto, a Arbitragem continua seguindo os mesmos procedimentos gerais

explícitos previstos na Lei n. 9.307/96.

Conforme toda Arbitragem, as partes podem convencionar sua utilização quando celebram contratos. É facultativa essa opção em relação ao recurso ao Judiciário, entretanto, uma vez convencionada, ela torna-se obrigatória, dada sua natureza análoga ao poder jurisdicional.

Sobre tais regras, convém destacar que a legislação brasileira prevê duas modalidades de convenção de Arbitragem, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, conforme art. 3º, da Lei 9.307/96. Em essência, as duas opções levam ao mesmo fim, recorrer à Arbitragem, todavia cabe ressaltar suas diferenças, que terão efeito prático ao longo do tempo da contratação. A cláusula compromissória é um dispositivo expresso no próprio contrato firmado entre as partes, que prevê a utilização da Arbitragem, caso surja eventual conflito, no futuro. Logo, a cláusula representa um evento futuro, de forma a prevenir deterioração da relação contratual. Essa cláusula pode tanto prever o completo procedimento da Arbitragem, desde regras, local, divisão de despesas, quanto deixar essa previsão vazia, preferindo estabelecer o procedimento no futuro, após surgir o litígio.

Em contrapartida, o compromisso arbitral nada mais é do que a convenção de Arbitragem quando emerge o conflito, por necessidade de resolvê-lo. Ele pode servir tanto para preencher a cláusula compromissória vazia como para estabelecer, de início, regras de procedimento.

No caso do Estado do Paraná, já existe previsão de procedimento, graças ao trabalho da Câmara de Arbitragem e Mediação junto à Federação das Indústrias do Estado do Paraná (Cam-FIEP). Essa câmara elaborou uma série de cláusulas a serem posicionadas em contratos levados a edital de licitação. Desse modo, tem-se o seguinte:

- 1) Qualquer disputa ou controvérsia relativa à interpretação ou execução deste Contrato, ou de qualquer forma oriunda ou associada a ele, e que não seja dirimida amigavelmente entre as Partes, deverá ser resolvida de forma definitiva por Arbitragem, nos termos do Regulamento de Arbitragem e Mediação da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná (CAMFIEP), e sob a administração da mesma Câmara.
- 2) Em caso de extinção da CAMFIEP durante o prazo de vigência do contrato, caberá às Partes a escolha de nova Câmara Arbitral.
- 3) O Tribunal Arbitral será constituído de 3 (três) árbitros, cabendo a cada uma das Partes a escolha de um árbitro. Os árbitros indicados pelas Partes deverão escolher em conjunto o terceiro árbitro, a quem caberá a Presidência do Tribunal Arbitral. Caso não haja acordo quanto à escolha do terceiro árbitro, este será escolhido na forma do Regulamento.
- 4) A sede da Arbitragem e da prolação da Sentença será a cidade de [CIDADE].
- 5) O idioma da Arbitragem será o português.
- 6) A Arbitragem será de direito, aplicando-se o direito brasileiro ao mérito do litígio.
- 7) Aplicar-se-á ao processo arbitral o previsto no Regulamento de Arbitragem e Mediação da CAMFIEP e na Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, constituindo a sentença título executivo vinculante entre as Partes.
- 8) A Sentença Arbitral será pública.
- 9) As Partes aderem ao procedimento de Arbitragem de Emergência previsto no Regulamento de Arbitragem e Mediação da CAMFIEP, para quaisquer medidas urgentes que sejam necessárias.
- 10) As partes elegem o Foro de [FORO JUDICIAL] para quaisquer medidas judiciais necessárias, incluindo a execução da Sentença Arbitral. A eventual propositura de medidas judiciais pelas Partes deverá ser imediatamente comunicada à CAMFIEP e ao Tribunal Arbitral, caso já constituído, e não implica nem deverá ser interpretada como renúncia à Arbitragem, nem afetará a existência, validade e eficácia da presente Cláusula Arbitral. (CÂMARA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO PARANÁ. *Modelo de Cláusula Compromissória*. 2018).

Esse modelo é o que será difundido, ao menos no Paraná, em contratações envolvendo

entidades de direito público. Clara, portanto, é a escolha da administração pública no Paraná, que tem como referência a Cam-FIEP, como instituição de preferência, a qual disponibiliza um rol de árbitros à escolha das partes. Oportunamente, é mister abordar a questão da instauração do compromisso arbitral quando não haja acordo prévio ou quando houver desentendimentos entre as partes.

Para esses casos, a solução poderá dar-se por meio *extrajudicial*, através de um convite a outra parte para celebração da convenção arbitral até então inexistente, ou quando a cláusula compromissória for considerada vazia, havendo necessidade de consenso para o regramento da Arbitragem. Esse entendimento segue a previsão do art. 6º da Lei 9.307/96, o qual confere a parte interessada em dar início a Arbitragem a responsabilidade de chamar a outra, por qualquer meio de comunicação, para firmar conjuntamente o compromisso arbitral.

No caso de não haver consenso no modo extrajudicial, a solução para a confecção do compromisso arbitral se dará judicialmente, podendo o juiz tentar um acordo entre as partes quanto as regras a serem aplicadas ou escolhendo-as quando não houver cooperação de qualquer das partes, a decisão judicial será o próprio compromisso arbitral, conforme previsão do parágrafo único do art. 6º e art. 7º da Lei 9.307/96.

Muito usual é a opção das partes pela Arbitragem institucionalizada, prevista no art. 21 da Lei de Arbitragem, deixando a responsabilidade de regramento da Arbitragem aos cuidados de uma instituição ou órgão arbitral.

Torna-se relevante tratar a respeito de algumas limitações legais na autonomia da administração pública quanto as regras da convenção de arbitragem, como, por exemplo, a previsão do art. 3º da Lei n. 9.307/96, o qual permite, às partes, convencionarem o modo de julgamento do árbitro: se de direito ou de equidade, sendo fundamental esclarecer as diferenças entre os dois institutos. No caso de duas partes iguais, elas poderão decidir as regras do julgamento, se de direito ou equidade; neste aspecto, colocam-se em posição de igualdade, estabelecem regras não necessariamente previstas em lei para que o árbitro possa dirimir seu conflito, sem considerar uma parte mais fraca ou mais forte em relação à outra.

No que concerne à administração pública, esta é pessoa jurídica de direito público, que representa toda uma coletividade de indivíduos constitucionalmente iguais entre si, formando uma única entidade. Essa entidade é que se torna responsável pelas ações do interesse coletivo; logo, será superior à toda coletividade em que se encontram outras partes de eventual contratação. Nesse enfoque, a administração pública não se encontra em igualdade com relação aos demais, estando restrita ao que estabelece a legislação pátria.

Desta forma, a Arbitragem pública está obrigada ao julgamento proferido por direito, de forma que o árbitro levará em conta a posição desigual das partes. Por exemplo, um morador que foi desapropriado de sua chácara para a passagem de uma rodovia federal não está em condições de discutir, em igualdade jurídica, com a União. Essa representa o interesse público de construir-se uma rodovia que interligue as regiões; a sociedade tem interesse maior, pode desapropriar, mas só o consegue por estar em maior número, evidenciando uma fraqueza contra o único morador do terreno. Desse modo, o árbitro deverá analisar essa desigualdade, a fim de que apresente um julgamento justo e satisfatório para ambas as partes; portanto, quando houver administração pública envolvida no litígio, a Arbitragem deverá ser obrigatoriamente de direito.

Confirmando este entendimento, a própria lei acrescentou tal obrigatoriedade, prevendo que, nestes casos, a administração pública deverá sempre ser de direito e respeitar o princípio da publicidade, conforme § 3º do art. 2º da Lei 9.307/96.

Quanto ao princípio constitucional da publicidade, consagrado no art. 37 da CRFB/88, conforme exposto, deverá ser, sempre, seguido pela administração pública.

Todos os atos praticados pela entidade pública estão vinculados ao interesse da sociedade.

Esta, na qualidade de titular original do Estado e de todos os atos praticados pelos governos, detém o direito de conhecer as ações praticadas por seus órgãos representantes. Assim, a entidade de direito público deve informar à população seus atos. Analogamente, toda sentença que a envolva deverá ser proferida e publicada, de modo que todos possam tomar ciência da decisão arbitral.

Não obstante haver essa premissa constitucional de dever de publicidade, ela não é absoluta: há interesses comerciais, tanto do Estado, quanto da parte privada, com suas políticas e estratégias comerciais.

A administração pública pode ser tanto direta quanto indireta. No caso da direta, é necessário que se tenha controle transparente de suas ações; porém, no caso da indireta e, mormente, quando uma ou outra contrata com um particular, a publicidade é relativizada.

Joaquim de Paiva Muniz, membro da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Conselho Federal da OAB esclarece que o § 3º do art.2º da Lei de Arbitragem deverá ser interpretado *cum grano salis*. Com efeito, um processo arbitral, em vista da sua própria natureza, não pode ser conduzido com o mesmo grau de publicidade de um processo judicial. Seria incomum conceber todas as audiências arbitrais abertas ao público ou com todos os documentos disponíveis para cópia de terceiros, em vista da sensibilidade de certas informações. Recomenda-se que a publicidade seja relativizada, para se evitar abusos. (MUNIZ, 2015, p. 17).

De fato, quando se observa as partes de um litígio na Arbitragem, o que menos se deseja é abertura do caso, uma vez que envolve interesse de natureza privada. A renomada professora Selma Telles defende, igualmente, a flexibilização da publicidade do processo arbitral, quando está envolvido um ente público.

Primeiramente, Selma Lemes, define a diferença entre sigilo e privacidade. Esta se relaciona com o próprio local físico da Arbitragem, bem como à matéria do caso. Já aquele, refere-se à sentença e documentos, exigindo sigilo quanto ao conteúdo, aos fundamentos. (LEMES, 2003, p 17.)

Nesse enfoque, é possível inferir que a publicidade, na administração pública, é bem-vinda e devida, porém resguardando certos direitos de confidencialidade. Assim, pode-se publicar, não toda a sentença, mas apenas os excertos mais importantes, que poderiam contribuir com a ciência da Arbitragem, de modo a transmitirem o conhecimento. Desse modo, não se obteria o conteúdo completo do caso, mas a matéria poderia ser conhecida.

No que concerne a contratos específicos de concessão de serviços públicos, a fim de preservar eventuais interesses particulares, a administração pública e o particular podem prever manutenção de privacidade, salvo se não houver disposição legal em contrário; porém, por mais que tentem manter o sigilo dos documentos e da sentença, eles não poderão ser absolutamente fechados, porquanto a administração pública está sujeita a controle, principalmente pelo Tribunal de Contas da União ou dos Estados.

Apesar de não descrever sobre a publicidade dos requisitos essenciais da sentença, Tânia Lobo Muniz elenca-os, de modo a ser inteligível a compreensão da necessidade de relativização da publicidade. Assim, conforme detalha a autora, o relatório possui nome, identidade das partes, caracterização do litígio, objeto, atos e elementos ocorridos no juízo arbitral. Os fundamentos, em adição, contêm análise dos fatos e dos direitos e o conteúdo apresenta todo o litígio, estipulando penalidades e prazos para cumprimento da sentença, versando sobre responsabilidade das partes sobre custas e despesas podendo, ainda, conter mera declaração de conciliação das partes. (MUNIZ, 2000, p. 132).

Diante do exposto, deduzem-se os limites para a absoluta transparência dos processos arbitrais. Com relação ao relatório e documentos, nem todos os elementos poderão ser públicos, tendo em vista que muitos deles se referem à identidade particular das pessoas jurídicas de direito privado envolvidas. Não é possível abrir toda a saúde financeira de um particular ou de uma empresa pública de regime privado, deliberadamente. Somente quanto ao conteúdo, poder-se-ia ter maior flexibiliza-

ção, porquanto contém informações atinentes às penalidades e prazos, com cunho pecuniário, permitindo, desse modo, o controle pela sociedade e pelos Tribunais de Contas.

Dessa maneira, conforme ressalta Selma Lemes, não há regra fixa e imutável sobre a privacidade, sigilo ou confidencialidade. Os acordos entre as partes deverão ser respeitados na medida do legalmente possível. A questão, então, será a de proteger não os atos da administração pública em si, mas os interesses sob-regime de direito privado envolvido na questão, como informações comerciais e estratégicas de empresas. (LEMES, 2003, p.19-20).

3.1.2. Da escolha do árbitro

Muitas questões têm sido levantadas acerca da atividade pública e da escolha de serviços de Arbitragem, que não passariam de serviços contratados pela entidade de direito público. Sendo assim, a princípio, haveria necessidade de licitação, conforme Lei n. 8.666/90, por meio da qual se preveria a concorrência de vários órgãos arbitrais para contratarem com a administração pública. O princípio do interesse público e o da economia regeriam essa contratação, vez que se deveria obter o serviço arbitral de menor custo possível.

Não obstante ser esse um requisito legal, não pode ser aplicado às questões atinentes à Arbitragem, por dois principais motivos, o primeiro deles é o desperdício de dinheiro público e o outro do tempo. A fim de se realizar um processo de licitação, é necessário lançar edital, esperar que os candidatos preencham requisitos, verificar e fiscalizar a boa índole de cada um deles para, então, contratar, gerando grande dispêndio de dinheiro público com documentação e salários de funcionários, que se concentram neste serviço enquanto poderiam estar realizando algo de maior interesse social, por isso, indiretamente, não deixa de ser desperdício de dinheiro público, o que vai de encontro ao princípio da eficiência, defendido no art. 37 da CFRB/88.

Igualmente, há de se mencionar também o princípio da celeridade contra o processo de licitação de serviços arbitrais. Imagine que, para cada caso envolvendo uma disputa, haja necessidade de licitar, a eficiência temporal restaria comprometida, já que esforços seriam empenhados para concretizar uma licitação que se prolonga no tempo: a licitação toma tempo do serviço público, impede que a resolução do problema se encontre brevemente, a qual é de extremo interesse público da sociedade.

Nesse sentido, conclui-se algo evidente: todos querem a solução menos onerosa e a mais célere possível.

Foi nessa linha de raciocínio que o entendimento geral admitiu a não aplicação da licitação combinado com o art. 13, da Lei 9.307/96, de acordo com a qual o árbitro é escolhido livremente pelas partes, atendendo aos requisitos de capacidade e de confiança mormente.

Além dos dois motivos expostos, relevantemente, a questão da confiança no árbitro. Como poderia a administração pública contratar um árbitro de confiança, se ela seria forçada a contratar alguém por meio de licitação, ou seja, que não fosse de própria escolha? Seria praticamente impossível um árbitro licitado ser da escolha particular da administração pública.

Dessa maneira, obtém-se a regra da escolha dos árbitros, cabendo um árbitro escolhido pelas partes ou mais de um sempre em número ímpar, com o fim de evitar empates. Se escolherem número par, os próprios árbitros devem escolher mais um caso contrário um juiz, provocado pelas partes, nomeia outro árbitro.

Evidentemente, a administração pública tem o interesse e o dever de diminuir os custos ao máximo possível. Conforme destacam Daniel Fabio Nogueira e Ney Bastos, dependendo da complexidade do caso, faz-se profícua a escolha de um colegiado de vários árbitros, já que estes podem ser de diferentes especializações e, portanto, podem chegar a melhor solução. Apesar disso, o elevado número engrandece os custos, o que poderia atingir o princípio da economia nos atos dos entes pú-

blicos. (BASTOS; NOGUEIRA, 2015, p. 28).

Em semelhante linha de raciocínio, ressalta Cahali, que:

Ao se considerar os valores de honorários acrescidos na proporção direta do número de árbitros, o colegiado, quando assim eleito pelas partes, se faz rotineiramente com três participantes, sendo raríssimos painéis com cinco ou mais integrantes” (CAHALI, 2013, p. 168).

Nesse sentido, excluindo a possibilidade de licitação para Arbitragem – é mister lembrar que essa licitação é diferente de licitação de contrato –, a administração pública deve seguir os mesmos princípios quanto a escolha de árbitros, conforme disposto no Capítulo III da Lei de Arbitragem.

Outro ponto importante a ressaltar é quanto a responsabilidade penal do árbitro, quando no exercício da função equipara-se a funcionário público podendo responder pelos crimes previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal, tais como o peculato, a concussão, a prevaricação e a corrupção passiva, consoante exposto nos arts. 17 e 18 da Lei 9.307/96.

Salienta-se, ainda, que o julgamento do árbitro não é passível de recurso ou de homologação pelo Judiciário, possuindo os mesmos efeitos de um título executivo judicial. Havendo obscuridades ou omissão na sentença arbitral, cabe apenas os embargos declaratórios, após 5 dias da data de ciência ou de notificação da sentença, conforme explanado no art. 30 da Lei de Arbitragem.

4 DIFICULDADES DE ACEITAÇÃO DA ARBITRAGEM NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO

Apesar da moderna legislação, prevendo expressamente o uso da Arbitragem inclusive no âmbito da administração pública, ao contrário do que acreditavam os doutrinadores à época da publicação da Lei 9.307/96, que a mesma seria amplamente utilizada por restabelecer a liberdade de buscar a justiça como exercício do consenso (MOREIRA NETO, 1997, p. 1), referido método de solução de conflitos ainda é parcamente utilizado pela própria administração pública, conservando-se a preferência pela solução dos litígios através do judiciário.

Segundo palavras do estudioso em direitos autorais Maurício Cozer Dias, o uso corrente da Arbitragem só não foi incorporado ao ordenamento jurídico de maneira aberta, pelo fato de que há, ainda, uma “antinomia cultural”, mantendo assaz desconfiança e reserva ao se entregar litígios privados aos tribunais arbitrais. (DIAS, 2002, p. 407).

No que concerne a administração pública, embora haja esforços da nova redação inserida na Lei de Arbitragem pela Lei 13.129/15, é notável certa hesitação dos interessados em levar seus conflitos a um árbitro, muito embora tenham contratado jurisdição arbitral.

Como se acompanha, as empresas privadas têm receio de não serem tratadas de forma justa e isonômica, não obstante haver previsão expressa em lei, como no artigo 173 da CFRB/88. Pouco se acredita na decisão arbitral, provocando-se a tendência para a busca pelo Judiciário ao invés da Arbitragem.

Outro ponto crítico, que sugere esse receio, é a dificuldade de se obter informação e mesmo publicidade dos processos arbitrais, pois, como analisado anteriormente, muitas sentenças são abertas somente em fragmentos, sem que o relatório ou os fundamentos e demais documentos sejam publicados. Geralmente, quando se obtém informação, já é por meio de acórdãos do STJ ou dos Tribunais de Justiça, ou seja, quando já existe recurso, em geral, contra uma decisão arbitral. Apesar disso, cabe enfatizar que ainda resta a questão de uma publicação mais acessível à sociedade civil.

Quanto à obrigatoriedade da execução da sentença, não obstante haver dificuldades para manter a execução por meio de força coercitiva, está na Lei de Arbitragem o cumprimento obrigatório das sentenças arbitrais, e já é de entendimento absoluto da jurisprudência que a decisão arbitral deve ser obedecida e que não poderá ser objeto de recurso judicial, salvo casos expressos no art.32 da Lei 9.307/96.

Conforme elucida Cahali, falta à Arbitragem um grande poder de jurisdição que é a *coercio* e a *executio*, já que um dos intuitos dessa forma de resolução de conflitos é exatamente a pacificação amigável. Assim, conclui o jurista, caso haja necessidade de forçar a execução, apenas o Judiciário poderá fazê-lo. (CAHALI, 2013, p. 309)

5 CASO COMPAGAS VERSUS CARIOCA PASSARELI

O caso COMPAGAS é ressaltado neste estudo por ser uma empresa paranaense e um dos primeiros casos em que o Judiciário avaliou, antes das modificações atuais da Lei 9.307/96, as fronteiras da arbitrabilidade subjetiva, envolvendo uma empresa de economia mista e uma empresa privada, respectivamente, a COMPAGAS e o Consórcio Carioca Passarelli, concluindo pela possibilidade da Arbitragem na administração pública. De forma peculiar e esclarecedora em comentários ao referido acórdão, Arnoldo Wald comenta que a relevância de tal decisão não está restrita apenas a profundidade de suas teses, mas também por reconhecer que a “solução arbitral equivale a decisão judicial e que o recurso à arbitragem é uma fórmula normal de dirimir litígios. Acessoriamente, admite não haver dúvida quanto a validade da sentença arbitral dada por dois árbitros sem a assinatura do terceiro.” (WALD, 2012, p. 373).

A controvérsia instaurada e analisada inicialmente, em primeira instância, pela 3ª Vara da Fazenda Pública do Paraná da Comarca de Curitiba, sob n. 200100022237, desenvolveu-se em torno da necessidade de readequação econômico-financeira do contrato firmado entre as mesmas, desejando, assim, a autora Companhia Paranaense de Gás - COMPAGAS anular a decisão arbitral e o próprio compromisso arbitral por ela contratado com a ré. Dentre outros motivos alegados pela autora, foram arguidos a imprevisibilidade da Arbitragem no edital de licitação, a indisponibilidade do interesse público envolvido e a nulidade de sentença arbitral decidida por dois árbitros. (BRASIL. TJPR. Acórdão n.18014. 2004).

Após sentença de primeiro grau que entendeu lícito o compromisso arbitral, reconhecendo os direitos da ré, a COMPAGAS interpôs Recurso de Apelação cível, o qual tramitou na 7ª Câmara Cível do TJPR, sob o nº 247.646-0. Já mais avançado nos entendimentos acerca da Arbitragem na administração pública, o tribunal paranaense indeferiu as arguições da Apelante nos seguintes termos:

COMPROMISSO ARBITRAL - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO - EXPLORAÇÃO DE GÁS CANALIZADO NÃO CARACTERIZA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, MAS ATIVIDADE DE REGIME PRIVADO - NÃO ENVOLVE DIREITOS INDISPONÍVEIS - CONTRATO ADMINISTRATIVO - ADMISSIBILIDADE DA ARBITRAGEM - VÍCIOS DO COMPROMISSO NÃO CONFIGURADOS – RECURSO IMPROVIDO. A atividade desenvolvida pela autora, ou seja, a exploração dos serviços de gás canalizado, não constitui prestação de serviço público, mas atividade que se compreende no regime jurídico próprio das empresas privadas (Constituição Federal, art. 173, § 1º, II). O fato de envolver licitação não significa obstáculo para que as partes resolvam seus conflitos por Arbitragem. Admissível nos contratos administrativos a solução dos conflitos por meio de compromisso arbitral. (BRASIL. TJPR. Acórdão n. 18014. 2004).

Inconformada com a decisão, a COMPAGAS recorreu ao STJ, alegando os mesmos motivos, no intuito de lograr anulação da sentença arbitral. Novamente, o recurso foi negado.

Nesse contexto, é mister analisar os elementos principais desse processo.

De fato, a COMPAGAS representa um interesse coletivo, já que a distribuição de gás é primordial para fomentar a produção estatal. Não obstante, o objeto em foco não é indisponível, como alegado, porém disponível, uma vez que o objeto do contrato tem caráter pecuniário e, segundo o

art.173, § 1, inciso II, da CRFB/88, a empresa está subordinada as regras do direito privado, por ser sociedade de economia mista que explora atividade econômica e que comercializa bens. Dessa forma, o ato de comercializar um bem, não constituindo prestação de serviço público, já o torna disponível, conforme entendeu o TJPR.

A ausência de previsão do uso da arbitragem no edital de licitação, embora as partes tenham posteriormente firmado compromisso arbitral quando do surgimento da controvérsia, ensejou a alegação de descumprimento das normas do edital, o que afetaria a validade do contrato, contudo, a questão foi refutada em decorrência da falta de proibição da opção pela Arbitragem, portanto, o firmamento de compromisso arbitral, posterior ao contrato escrito, não se oporia às normas do certame. Além disso, por ser de natureza posterior ao contrato, o compromisso arbitral tem cunho supletivo, já que se pretendeu, por vontade de ambas as partes, solucionar uma controvérsia pré-estabelecida.

De acordo com o entendimento exposto no Recurso Especial ao STJ sob o nº 904.813-PR, a escolha de recorrer à decisão arbitral não violou o princípio da vinculação ao edital, portanto, considerou-se o compromisso arbitral válido.

Sendo válida a convenção de Arbitragem, a escolha do foro não necessita de ser vinculada à sede da administração pública, no caso, Curitiba. Esse entendimento foi ressaltado pela Terceira Turma do STJ, no voto da relatora Ministra Nancy Andrighi, a qual afirmou que a cláusula de escolha de foro, conforme previsto no art. 55, § 2 da Lei de Licitações não é essencial, nem afasta a possibilidade de sentença arbitral. A existência de jurisdição do foro da sede não se sobrepõe à decisão arbitral, mas continua importante, porquanto permite concessão de medidas de urgência, execução de sentença arbitral e mesmo a instituição de Arbitragem, caso não haja acordo das partes. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 904813/PR, 2012). Nessa acepção, a alegação da autora não encontrou fundamentos na Lei de Licitação.

No que tange a decisão proferida por dois árbitros, a COMPAGAS alegou violação aos arts. 7º e 16º, § 2, da Lei de Arbitragem, uma vez que declarou não ter a ré providenciado nomeação de um terceiro julgador. Em verdade, conforme consta no acórdão do STJ, haviam três árbitros, entretanto um deixou de participar; os dois restantes decidiram, por maioria, já que a autora não indicara substituto. Assim se tem proferido no Acórdão:

Na hipótese, não se verificou empate, mas decisão por maioria. Ou seja, foi alcançado o resultado pretendido pelo legislador, inobstante o árbitro nomeado pela recorrente ter deixado de participar do procedimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 904813/PR, 2012).

Nesse sentido, o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça configurou-se improficuo para as pretensões da Companhia Paranaense de Gás. De fato, esta não tinha direito de reclamar nulidade do compromisso arbitral, já que este é válido mesmo em casos de licitações, não viola o art. 41, da Lei 8.666/93 e não se opõe ao foro da sede da administração pública, previsto no art. 55 da mesma Lei. A arbitrabilidade subjetiva foi definida para a empresa de economia mista, de acordo com o art. 173, § 1, inciso II, dado que se considerou a sociedade de economia mista em igual nível de empresas privadas, respeitando o princípio da isonomia, e o objeto, portanto, foi considerado disponível, observando seu valor pecuniário e transacionável.

Como observação conclusiva, o caso da COMPAGAS abriu relevantes precedentes para a Arbitragem no caso de empresas da administração pública. E com a nova redação da Lei 9.307/96, resta indubitável a capacidade subjetiva de a administração pública ser parte nas convenções de Arbitragem quando tiver objetos patrimoniais disponíveis.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da Arbitragem foi um objeto de constante modificação legal no direito brasileiro e de várias discussões acerca da legalidade do seu uso pela administração pública. Com o desenvolvimento das leis e das novas dinâmicas do judiciário e, da própria sociedade, foi preciso promover a celeridade na solução dos litígios, em especial, buscar ferramentas para aliviar o sistema de justiça brasileiro. Dessa forma, a Arbitragem passou a ser tida como alternativa viável e efetiva para, associada a outras medidas, solucionar esse problema.

Não obstante inexistir proibição expressa para o uso da Arbitragem no âmbito público, foi necessária uma evolução do pensamento jurídico, na última década, acerca da admissão da entidade pública na Arbitragem, como no caso da COMPAGAS, que impulsionou o reconhecimento da validade da convenção arbitral, envolvendo litigante de direito público. Isso tudo culminou na reforma da Lei 9.307/96, a qual normatizou a capacidade da administração pública poder ser parte no processo arbitral.

Considerando essa situação, pode-se observar que, com essa positiva evolução, a admissão expressa pela Lei só contribuiu para a promoção das políticas públicas de acesso à justiça, de maneira a proporcionar celeridade na resolução dos conflitos e a dar espaço para novas demandas à justiça nacional pelos demais cidadãos, colaborando com a democracia no país.

Além disso, a abertura da Arbitragem para resolver os conflitos envolvendo entes estatais contribuiu para a economia processual e financeira da relação, dado que um processo comum na justiça demandaria maior tempo e mais custos. Com a Arbitragem, esses dois aspectos negativos tendem a diminuir consideravelmente.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Ney; NOGUEIRA, Daniel Fabio. *Reforma da Lei de Arbitragem*. Comentários ao texto completo. COPREMA, 2015.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem nos termos da Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. TJPR. *Diário da Justiça Paraná*, 20 de fevereiro de 2004, p. 44. Num. Acórdão: 18014. Num. Livro: 198. Folhas: 43 a 51. Julgado em: 11/02/2004. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/antigos-diario-da-justica?>>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 904813/PR. RECURSO ESPECIAL 2006/0038111-2*. Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118). Órgão Julgador TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento 20/10/2011. Data da Publicação/Fonte: DJe 28/02/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=COMPAGAS&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 12 out. 2016.

CABRAL, Bernardo de Mattos Freire. SOARES, Pedro Silveira Campos. *Arbitragem e Administração Pública: O Caso COMPAGAS*. 25/04/2012. Disponível em: <[pss@grebler.com.brhttp://www.grebler.com.br/Artigos.html.47](http://www.grebler.com.brhttp://www.grebler.com.br/Artigos.html.47)>. Acesso em: 05 jan. 2017.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CÂMARA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO PARANÁ. *Modelo de Cláusulas Compromissórias*. Disponível em: <<http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/clausula-compromissoria-1-20704-170516.shtml>>. Acesso em: 01 jan. 2018.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lôbo. *Todas as Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1971.

CHATT, Cidinei Bogo Chatt. *A transação como forma alternativa de resolução de conflito em matéria tributária*. 17 de maio de 2011. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Dissertação de Mestrado em Direito para obtenção do título de Mestre em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado. ORIENTADOR: Prof. Dr. Paulo Vanderlei Vargas Groff. SANTO ÂNGELO. Disponível em: <http://www.saopauloArbitragem.com.br/noticias.asp?id_parametro=noticia&idtiponoticia=1&id_secao=2&id_noticia=311>. Acesso em: 05 dez. 2016.

DIAS, Maurício Cozer. *Direito autoral*. Campinas: LZN, 2002.

FIEP. *Contratos de PPPs e concessões do governo do Paraná terão Arbitragem pela CAMFIEP*. Disponível em: <<http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-Arbitragem/contratos-de-ppps-e-concessoes-do-governo-do-parana-terao-Arbitragem-pela-camfiep-1-20704-305716.shtml>>. Acesso em: 24 out. 2016.

FIEP. *Modelos de Cláusulas Compromissórias*. Disponível em: <<http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-Arbitragem/clausula-compromissoria-1-20704-170516.shtml>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli [Coords.]. *Vade Mecum Humanístico*. 3.ed. São Paulo: RT, 2012.

GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Arbitragem na administração pública brasileira e a indisponibilidade do interesse público. *Quaestio Iuris*. vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017. p. 1146 -1161. DOI: 10.12957/rqi.2017.23491.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História Geral do Direito*. São Paulo: RT, 2004.

LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos: Arbitralidade Objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual (lecture). *Comitê Brasileiro de Arbitragem*, São Paulo/SP, 2003. Disponível em: <selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

LEMES, Selma M. Ferreira. *Jurisprudência brasileira sobre arbitragem e sociedade de economia mista*. Uma lição pedagógica. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Arbitragem%20e%20SEM.%20Jurisprud%3%AAncia%20Pedag%3%B3gica.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

MARDEGAN, Herick. *Arbitragem e o Direito Empresarial: Efetividade e Adequação*. Curitiba: Juruá, 2010.

MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitragem e as entidades de direito público*. 2017. Disponível em: <<http://batistamartins.com/a-arbitragem-e-as-entidades-de-direito-publico-2/>>. Acesso em: 31 dez. 2017.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 223, p.115-131. jan./mar. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48315/46500>>.

MENDES, Soraya. *Os efeitos da revelia aplicados à Administração Pública*. Disponível em: <<http://www.fonsecaadvocacia.com.br/Portal/Fonseca/noticiaDetalhe.aspx?nCdConteudo=29725>>. Acesso em: 9 set. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A & C R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/207>>. Acesso em: 01 Jan. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 81-90, jul. 1997. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47043/46028>>. Acesso em: 01 Jan. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v209.1997.47043>.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 2000.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Reforma da Lei de Arbitragem: Comentários ao texto completo*. COPREMA, 2015.

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

SERRÃO, André. WALD, Arnoldo. Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões. *Revista de arbitragem e mediação – Rarb-16*, 2008, p. 11-32.

UNCITRAL. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>>. Acesso em: 16 maio 2016.

WALD, Arnold. Comentário ao acórdão STJ – Resp 904813/PR. 3ª T. – j. 20.10.2011. v.u. Relator(a) Ministra Nancy Andrigui. Dje 28.02.2012. *Revista de arbitragem e mediação – Rarb-33*, 2012, p. 362-375.

WALD, Arnold. Emenda desnecessária. Não há razão para exigir previsão de Arbitragem em contrato. 29 de julho de 2014, 14h30. *Consultor Jurídico – CONJUR*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-29/arnoldo-wald-nao-razao-exigir-previsao-Arbitragem-contrato>>. Acesso em: 15 set. 2016.

Recebido em: 26/04/2017

Aprovado em: 21/12/2017

Como citar este artigo (ABNT):

RUIZ, Ivan Aparecido; Nunes, Taís Zanini de Sá Duarte; CAVAZANI, Alexandre Zaporoszenko. Arbitragem e administração pública brasileira: breves considerações e perspectivas analíticas. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p. 28-46, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-02.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.