A ARBITRAGEM NO DIREITO PÚBLICO

Matheus Sandrini Fernandes

João Sérgio dos Reis

Natália Pereira De Moraes

Raisa Vitória Tavares Silva

Rosângela Oliveira Guedes

Vitória Nascimento Silva

RESUMO: Estudo sobre as questões controversas da eleição da arbitragem como meio de resolução de conflitos envolvendo entes públicos em algum dos polos. Análise das teses afirmativas e negatórias a partir do panorama econômico nacional e mundial com a Administração Pública no campo dos negócios. Arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Exigência de lei autorizadora para os entes públicos. (In) Disponibilidade do interesse público.

Palavras Chave: Arbitragem. Administração pública. Método alternativo e eficaz.

Introdução

O presente artigo estuda a arbitragem no campo do Direito Público, levando-se em consideração que ainda hoje, após dezoito anos da promulgação da Lei nº 9.307/96 – Lei da Arbitragem –, a contratação de cláusula arbitral pela Administração Pública é motivo de dúvida.

O que se busca investigar ao longo dos estudos são os seguintes apontamentos: (i) possíveis razões e interesses que levam o Poder Público a escolher a arbitragem como meio de solução de conflitos; (ii) a admissibilidade da previsão de cláusula compromissória e/ou compromisso arbitral nos contratos administrativos; (iii) se há necessidade de que exista expressa previsão em lei para

que o procedimento arbitral seja eficaz em relação à Administração Pública; (iv) sobre a questão das PPPs, bem como quais os requisitos formais que deverão ser observados durante todo o procedimento; E, por fim, (v) o tratamento da matéria pelo Judiciário brasileiro.

Primeiramente, analisa-se o interesse estatal em aplicar a arbitragem aos contratos administrativos e, posteriormente, a admissibilidade desse meio em face do princípio da indisponibilidade do interesse público, em contraste com o significado da arbitrabilidade, subjetiva e objetiva.

Adiante, tendo em vista a recente edição da Lei nº 11.079/04, de Parcerias Público-Privadas (PPP), e a inserção do artigo 23-A na Lei nº 8.987/95, Lei de Concessões de Serviços Públicos, importante é tratar da necessidade de previsão legal para que se use da arbitragem na resolução de conflitos derivados de contratos administrativos, em particular nos contratos de PPP.

Pondera-se sobre peculiaridades arbitrais, como sigilo, idioma, lei material, equidade em face dos princípios e regras infra e constitucionais atinentes aos processos que envolvam a Fazenda Pública.

Por fim, aborda-se como tais questões vêm sendo enfrentadas pelo Poder Judiciário brasileiro, notadamente pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Mister enfatizar que o estudo será realizado com base em pesquisas bibliográficas e análise da legislação competentes, bem como às decisões judiciais.

1 Pressupostos argumentativos da aplicação da Arbitragem nos contratos administrativos.

No contexto da globalização, com o crescente desenvolvimento econômico do Brasil como um país emergente, em que as fronteiras se tornam cada vez menores, devido ao fácil e rápido acesso à informação, é necessário que o Estado se adéque a esta nova realidade global, cada vez mais consolidada, a fim de, sobretudo, cultivar a presença de investidores em seu território, especialmente as

multinacionais, e atrair novas empresas interessadas em ampliar seus campos industriais para as diversas regiões do planeta.

Sabe-se, que o orçamento público é insuficiente para arcar com todos os custos de investimento em infraestrutura e tecnologia que este desenvolvimento econômico demanda, surgindo, então, a necessidade de cooperação do Setor Privado.

Neste diapasão, os contratos entre os Setores Públicos e Privados são excelentes mecanismos de incentivo aos grandes investimentos, sobretudo por parte de empresas multinacionais, e de redução de prejuízos (inclusive ao próprio interesse público), uma vez que os recursos são otimizados, acompanhando a economia global, o que permite um maior crescimento econômico ao Estado.

Um exemplo de contrato firmado entre multinacional investidora estrangeira e o Estado brasileiro, foi o Acordo de Comunhão de Interesses entre o Estado de Minas Gerais e o grupo FIAT SPA, com sede na Itália. O objeto do acordo foi a constituição de uma parceria entre os contratantes, na qual o Estado subscreveu 49% das ações da empresa brasileira, e o grupo italiano 51%. O Estado não é um produtor de automóveis, nem lhe interessava auferir lucros a partir de uma atividade produtiva. Porém, com essa associação almejava-se implantar em território nacional uma estrutura industrial moderna, geradora de empregos, tecnologia e de recursos financeiros advindos da tributação; a empresa privada, por sua vez, possuía o objetivo de lucro a partir da exploração de uma atividade, bem como se expandir, sobretudo regionalmente.

Mas o Brasil ainda se adapta a essa nova concepção de contratos administrativos mais flexíveis, sobretudo devido ao fato de não ser mais capaz de realizar grandes empreendimentos sem a colaboração de capital do Setor Privado. Assim, a imposição de cláusulas exorbitantes e decisões unilaterais, por parte da Administração Pública, vêm cedendo lugar para um tratamento igualitário entre as partes contratantes, proporcionando ao Setor Privado uma medida de controle e prevenção contra o abuso de poder da Administração.

No entanto, mesmo neste contexto de cooperação, ainda existirão lacunas nos contratos que deverão ser preenchidas por um terceiro. Neste sentido, o

entendimento que se esboça é que, hoje, estas lacunas tendem a ser preenchidas de maneira mais eficiente pelos árbitros do que o seriam pelo Poder Judiciário.

A arbitragem, como meio alternativo de solução de conflitos que é, torna-se instrumento cada vez mais interessante para atingir estes objetivos, especialmente em áreas que necessitem de agilidade, eficiência e redução de custos.

Primeiramente porque, muitas vezes os juízes não têm a preparação técnica necessária para decidir sobre determinadas matérias específicas, o que não lhes permite aplicar uma decisão justa e correta ao caso concreto. Ao contrário, pode ser o árbitro, pessoa mais qualificada tecnicamente para proferir decisões.

Também porque é inegável a desconfiança e o receio que pairam sobre o Sistema Judiciário nacional. É de notório conhecimento o largo tempo – às vezes de décadas – para que um processo caminhe por todas as suas fases e instâncias no Judiciário, desde a petição inicial, na fase de conhecimento, até o final da fase de execução.

Sabe-se, igualmente que o processo público não tem custo zero, mesmo quando uma das partes é a Administração Pública, de modo que o dispêndio de tempo gera altos custos e prejuízos para as partes e também ao erário público.

Neste sentido, somando todos estes fatores, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Eliana Calmon, esclarece a importância e as vantagens da adoção da arbitragem como método privado de solução de conflitos:

> Na era da globalização, quando caem as fronteiras estatais, unem-se as nações em blocos econômicos para fortalecerem-se frente à perversidade do flutuante e veloz capital apátrida, surge um novo conceito de soberania estatal, pelo estreitamento das relações comerciais entre as nações, favorecidas pela velocidade dos meios de comunicação. Nesse novo contexto, é natural que se refaçam os sistemas de controle, especialmente quando são contratantes, entre si ou em apenas um dos polos, o Estado ou uma das suas empresas estatais.
>
> Dentre os sistemas de controle está, ao lado da jurisdição tradicional, a jurisdição arbitral, modo pacífico de solucionarem-se os litígios mediante cláusulas estabelecidas pelos litigantes ou por juízes por eles eleitos. [...] Hoje vem ela tomando corpo, por oferecer inúmeras vantagens sobre a jurisdição estatal.

> É a arbitragem uma solução de conflito rápida e especializadíssima, pois os árbitros têm formação técnica profunda em sua área de atuação. Ademais, é a arbitragem atividade sigilosa, absolutamente imparcial, ostentando ainda neutralidade ideológica e baixos custos e médio prazo. [1]

Assim, não é equivocado afirmar que a eleição do processo arbitral tende a atrair e manter o interesse de grandes empresas em investirem no Brasil, retroalimentando a economia e estimulando o desenvolvimento nacional.

Na ocasião do citado contrato celebrado entre a Fiat e o Estado brasileiro, foi firmado um compromisso arbitral, no qual as partes elegeram a cidade de Paris como sede do juízo arbitral, e optaram observar as normas da Câmara de Comércio Internacional – CCI. Surgiu, pois, uma controvérsia sobre créditos reclamados pelo grupo italiano. Todavia, o Estado brasileiro se recusou a participar da arbitragem para qual fora notificado, motivando a propositura de ação judicial em Belo Horizonte.

Tais fatos, entretanto, ocorreram antes da edição da Lei 9.307/96, época, portanto, em que não era clara a execução compulsória da cláusula arbitral. Não obstante a isso, não há dúvidas acerca da atratividade conferida ao negócio em razão da estipulação de cláusula compromissória, a qual, ainda que não tenha tido força executória na ocasião dos fatos, atraiu o interesse de investidores internacionais e viabilizou o avanço das negociações até que se chegasse à efetiva concretização da parceria, a qual gerou um grande avanço tecnológico ao Brasil e o largo crescimento para a montadora, que se tornou, em pouco tempo, a maior exportadora de automóveis do País.

2 A arbitrabilidade na Lei nº 9.307/96

A arbitragem é um meio de solução de relações litigiosas, em que as pessoas envolvidas elegem um terceiro (que pode ser uma pessoa ou um conselho) e se obrigam ao cumprimento das decisões que dele emanar.

[1] CALMON, Eliana. Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio e DA SILVEIRA, Vladimir Oliveira (coord.). *In:* **Direito Internacional em Análise**. Curitiba: Clássica, 2013, vol. 2, p. 104.

Mas para que haja eficácia em relação às decisões proferidas neste procedimento, é preciso observar, primeiramente, um conjunto de requisitos objetivos e subjetivos, que passou a se denominar *arbitrabilidade*.

No Direito brasileiro o termo *arbitralidade* pressupõe a observância dos limites impostos pela Lei da Arbitragem. Isto é, os critérios a serem observados para que determinado litígio possa se submeter legitimamente ao meio de solução arbitral. Portanto, é um conceito que envolve a *arbitralidade subjetiva* (quem pode convencionar?) e a *arbitralidade objetiva* (o que se pode convencionar?).

A primeira parte do artigo 1º da Lei de Arbitragem responde quem pode ser parte num procedimento arbitral: "*As **pessoas** **capazes** poderão valer-se da arbitragem para dirimir conflitos*" (grifo nosso).

Assim, podem convencionar a arbitragem as **pessoas** físicas ou jurídicas, sejam de direito privado, sejam de direito público.

Particularmente quanto a isso, poucas são as divergências entre os autores. Podem convencionar arbitragem as pessoas capazes de contratar, seja pessoa física ou jurídica – e neste caso, seja de direito público ou privado –, interna ou externa.

A maior discussão, aqui, cinge à exigência da observância do princípio da estrita legalidade nos casos de estipulação da arbitragem como forma de resolução de conflitos que envolverem o Poder Público. Isto porque, para parte da Doutrina, o Estado e os demais entes públicos só podem clausular um compromisso arbitral e se submeterem a ele se houver lei que explicitamente autorize isso. Entretanto, ante à grande divergência do assunto, essa questão será enfrentada em separado, mais adiante.

No que diz respeito **capacidade civil** das pessoas físicas, ela deve ser observada na lei civil brasileira. Se, no entanto, os contratantes estiverem em outro país, não envolvendo pessoa brasileira, deve ser observada a lei civil daquele determinado país.

De outro lado, a parte final do artigo 1º da Lei nº 9.307/96 estatui o que se depreende por arbitrabilidade objetiva. E segundo este dispositivo legal, pode ser

objeto de convenção arbitral (*lato sensu*): "[...] *os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*".

E é exatamente aqui que surge o grande impasse doutrinário abordado neste estudo. As partes podem eleger a arbitragem para dirimir conflitos que envolvam questão lícita, possível, patrimonial e ***disponível***.

Carlos Alberto Carmona pensou na definição de direito patrimonial disponível:

> Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.[2]

Ocorre que, no âmbito do Direito Administrativo, uma linha de juristas passou a não admitir o uso da arbitragem pelas pessoas jurídicas de direito público, fundamentando-se, sobretudo, no princípio da *indisponibilidade* do interesse público. Assim, para eles, em outras palavras, como tudo o que está atrelado à Administração seria indisponível, impossível é a utilização da via arbitral de solução de conflitos pelos Poderes Públicos.

Para essa corrente, não importa se o Estado exerce atos de gestão ou, mais ainda, se as sociedades de economia mista e as empresas públicas possuem, constitucionalmente, o regime jurídico de direito privado. Suas teses defendem que tudo o que envolve setores públicos abrange interesse público, daí a indisponibilidade de seus direitos e a consequente impossibilidade de ocorrer um procedimento arbitral envolvendo entes administrativos.

Não obstante, em que pese o brilhantismo dessas teses, elas não se mostram as mais acertadas, nem são as que vêm sendo adotadas pelos Tribunais pátrios.

Isso se deve principalmente ao fato de que o interesse público pode receber duas classificações distintas: **interesse público primário e secundário**. O primeiro é aquele que de fato se volta para a sociedade como um todo, buscando promover o

[2] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 56.

bem comum. Já o segundo diz respeito aos interesses patrimoniais da própria Administração.

Classificação semelhante é feita pela clássica Doutrina administrativista quanto aos atos da Administração Pública, em que se elencam duas categorias: **atos de império e atos de gestão**. Os primeiros *são os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial*[3], como, por exemplo, uma ordem de interdição de um estabelecimento. Já os segundos são os atos *praticados pela Administração em* ***situação de igualdade com os particulares****, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços (grifo nosso)* [4], como o que ocorre na venda de um bem.

Depreende-se, portanto, que a principal diferença entre atos de império e atos de gestão, compreendidos como interesse público primário e secundário, é que neste há igualdade de posição entre a Administração e os particulares, abrangidos pelo interesse público secundário, **que enseja a aplicação a ambos do direito comum**.

Atualmente, em vez de mencionar a terminologia *atos de império* e *atos de gestão*, os doutrinadores têm se utilizado das expressões *atos da Administração regidos pelo Direito Público* e *atos de Direito Privado praticados pelo Poder Público*, respectivamente, o que passou a ratificar ainda mais a ideia aqui esboçada.

Isto porque, como bem explica e eminente doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *só os primeiros* [atos de império, interesses públicos primários] *são admitidos como atos administrativos. Os segundos* [atos de gestão, interesses públicos secundários] *são apenas atos da Administração, precisamente pelo fato de serem regidos pelo direito privado*.[5]

Neste sentido, fica claro que o interesse público primário é aquele permeado puramente por normas de Direito Público, e, como tal, é considerado indisponível, portanto, impassível de ser transacionado. Logo, tais objetos não são também arbitráveis. Todavia, se o Estado atuar praticando atos de natureza privada – outrora

[3] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 226-227.
[4] *Ibidem.*
[5] *Ibidem.*

chamados de atos de gestão –, situados na esfera privada e voltados aos particulares, a eles se equipara e faz com que a relação existente seja regida pelo direito privado. Logo, este interesse, que se classifica como secundário, não corresponde ao interesse coletivo, mas sim aos interesses particulares, individuais do Estado, similares aos interesses de qualquer outro sujeito. Ora, não são, assim, tais interesses passíveis de serem transacionados? E, como tais, não passam a se adequar perfeitamente à noção de arbitrabilidade objetiva?

Defensor de respostas positivas a estes questionamentos, Ricardo Medina Salla, ao explicar a viabilidade da contratação de arbitragem pelos entes públicos a partir da diferenciação entre interesse público primário e secundário, cita o exemplo de que *ao conceder a um terceiro o direito de operar uma usina hidrelétrica, o interesse público primário encontra-se em assegurar a oferta de energia elétrica à população, enquanto o interesse público secundário verifica-se na forma de execução do primário (operação, comercialização de energia)*.[6]

Nesta seara, se se entende como interesse público secundário aquele que possui natureza privada, que passa a ser regido por normas de direito privado e faz com que o Poder Público se equipare ao particular, é crível entender que tal prestação não se constitui de um serviço público puramente dito, mas sim uma atividade que se enquadrada no regime jurídico próprio das empresas privadas. Em razão disso, o objeto deste interesse passa a ser transacionável e, portanto, perfeitamente suscetível de ser arbitrado.

3 Da necessidade de Lei para celebração de convenção arbitral com a Administração Pública

Cabe-nos retomar a pendente questão sobre a arbitrabilidade subjetiva. Como mencionado, existem duas correntes de entendimentos acerca da eficácia *subjetiva* da contratação de cláusula arbitral pelo Poder Público. A primeira delas entende que a convenção arbitral só será legítima se houver prévia e expressa autorização legal a permitir o uso da arbitragem pela entidade pública, em face do dever constitucional

[6] SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e Direito Público. I*n:* **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 22, Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p.78-106, abr./jun. 2009, p. 98.

imposto às pessoas jurídicas de direito público de agirem em estrita conformidade com a lei (artigo 5º, inciso II, e artigo 37, *caput*). Por outro lado, a segunda corrente, da qual nos filiamos, defende a ideia dispensabilidade de qualquer autorização legislativa, pautados, sobretudo, no princípio da eficiência administrativa e razoável duração do processo.

Ora, de fato, não há dúvidas do quão *adequada* é a produção de lei específica que autorize o Estado a convencionar a arbitragem. Todavia, o estudo desenvolvido se propôs a analisar a *necessidade* dessa autorização.

Isto porque, conforme explica o já mencionado advogado Ricardo Medina Salla, citando o professor Virgilio Afonso da Silva, embora a edição de leis autorizadoras seja medida *adequada*, ao analisar, ainda que superficialmente, o atual panorama nacional e mundial da arbitragem, pode se constatar que a vinculação dos atos do Estado a uma previsão legislativa não só é desnecessária, como está em total desacordo com a tendência moderna de interpretação normativa e com os recentes atos do Poder Legislativo.[7]

Isto é, fazer com que se crie a dependência da produção de leis, corresponde a inviabilizar a efetiva, adequada e célere prestação de serviços públicos. E, além disso, em nada é *necessária* a produção de leis pontuais que autorizem a convenção arbitral para cada tipo de contrato administrativo, uma vez que a própria Lei nº 9.307/96 é o bastante para autorizá-la.

E ainda que não o fosse, independentemente deste diploma legal, é certo que a promulgação de diversas leis permitindo a arbitragem em certas modalidades contratuais (como, por exemplo, os de Parceria Público-Privada e de Concessão de Serviços Públicos), leva à interpretação sistemática no sentido da possibilidade da escolha do processo arbitral por parte da Administração Pública.

Assim é que, torna-se dispensável qualquer autorização legal para que os entes públicos possam se submeter ao procedimento arbitral, permitindo que, tanto a União Federal, como os estados-membros, os municípios, o Distrito Federal, os entes da Administração Indireta, etc. possam participar da arbitragem.

[7]Ibidem, p. 83.

Por outro lado, embora haja diversos julgados quanto ao tema, sobretudo em relação às sociedades de economia mista, o que se percebe é grande divisão entre a doutrina e a jurisprudência quanto a esta necessidade.

Em razão disso, o Projeto de Lei que pretende reformar a atual Lei da Arbitragem, em trâmite no Senado Federal, tem como principal inovação a inserção de dispositivo legal que autorize expressamente a Administração Pública, Direta e Indireta, a eleger a arbitragem como meio de solução de disputas contratuais.

É positiva a iniciativa de criar um instrumento capaz de encerrar tal discussão e conferir maior segurança jurídica aos projetos do Poder Público e aos julgamentos pelos entes arbitrais.

4 Parcerias Público-Privadas e as peculiaridades da Arbitragem

Neste mencionado contexto de autorização legal para legitimar a participação do Estado na arbitragem, não se pode deixar de mencionar as parcerias público-privadas. As chamadas PPPs constituem instrumentos que promovem a participação da iniciativa privada no desenvolvimento de projetos do Estado, tais como a realização de obras e prestação de serviços públicos. Essa parceria está pautada na delegação de competências administrativas, atribuindo ao parceiro privado o desempenho de funções tipicamente estatais.

Dentre as vantagens oferecidas por esse projeto encontram-se: economia de custos, compartilhamento de riscos, maior qualidade dos serviços prestados, incremento de receita, ganhos econômicos da Administração Pública.

A Lei nº 11.079/04, que institui e rege as PPP, em seu artigo 11, inciso III, de forma pioneira e inovadora (e eis a razão de seu destaque neste artigo), contemplou a possibilidade de o contrato de estabelecimento de uma parceria público-privada prever a arbitragem como modo de solução de litígios entre o concessionário (parceiro privado) e o poder concedente (parceiro público).[8]

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

Diante, assim, da possibilidade inequívoca de a arbitragem estar presente nos contratos de PPPs, temos que nos atentar a algumas regras e características previstas na própria Lei nº 11.079/04:

- **Edital**: A escolha da arbitragem deriva do exercício da competência discricionária do administrador e deve respeitar o principio da vinculação ao instrumento convocatório. De outro modo, *ao praticar atos em desconformidade com o edital, no curso ou após a licitação, a Administração poderá violar os princípios norteadores da atividade administrativa, como a legalidade, moralidade e isonomia.* [9]

- **Local**: A lei de PPPs estabeleceu, imperativamente, que a arbitragem deverá ser realizada no Brasil, assim como todas as etapas do procedimento, ressalvada a necessidade de produção de provas no exterior e a prática de demais atos, em respeito ao principio da eficiência e economia processual. Ademais, a arbitragem realizada no Brasil pode contar com árbitros estrangeiros e assumir o caráter de arbitragem internacional.

- **Idioma**: Outra exigência legal é a utilização da língua portuguesa nos procedimentos arbitrais associados aos contratos de PPP. Não obstante, quando tratar-se de arbitragem internacional, o português poderá não ser o único idioma utilizado, conforme determina o artigo 16 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comercio Internacional. Neste caso, o processo poderá ocorrer mediante tradução, ou através do chamado processo arbitral bilíngue. Todavia, o importante é que a língua Portuguesa seja utilizada e se elucide no vernáculo todos os atos e processos ocorridos.

- **Lei Material**: A lei nº 9.307/96 faculta às partes a escolha do direito a ser utilizado no procedimento. [10] Em observância a esta faculdade, temos que lei material estrangeira pode ser admitida na arbitragem com a Administração Pública. Para tanto, conforme a própria redação do § 1º do artigo 2º da Lei da Arbitragem, as

---

***resolução de disputas, inclusive a arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. (g.n.).*

[9] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10ª. ed. Sao Paulo: Dialética, 2004, p. 395.

[10] A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes. § 1º **Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem**, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (grifamos).

regras escolhidas devem ser concernentes com a Ordem Pública e com os princípios legais vigentes no Brasil. Por tratar exclusivamente de direitos patrimoniais disponíveis, a arbitragem na Administração Pública não envolverá as matérias de interesse primário e, consequentemente, não necessitará da proteção prevista nos contratos administrativos. Convém, anotar que, diante da já citada interpretação sistemática, estas exigências passaram a ter caráter obrigatório em todas as espécies de contratos administrativos que prevejam a escolha da arbitragem pela Administração.

5 Do atual tratamento dado à matéria pelo Poder Judiciário Brasileiro

De encontro à toda matéria aqui exposta, decisões recentes proferidas pelos órgãos judiciários brasileiro têm, seguindo a maior parte da Doutrina, admitido expressamente a participação de entidades públicas em procedimentos arbitrais.

O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu nos últimos anos importantes entendimentos a favor da possibilidade de escolha da arbitragem pela Administração, que alcançam as entidades públicas como um todo.

No dia 25 de outubro de 2005, a Segunda Turma daquela Corte, ao apreciar o Recurso Especial nº 612.439, chegou à pioneira conclusão de que as sociedades de economia mista podem escolher arbitragem como meio de resolução de seus conflitos, sem dependência de autorização legislativa e reconheceu a eficácia vinculante de cláusula compromissória em contrato administrativo.

Tal contrato versava sobre a aquisição de potência e energia elétrica entre a CEEE – Companhia Estadual de Energia Elétrica, sociedade de economia mista estadual, e a empresa privada, geradora de energia, AES Uruguaiana Empreendimentos LTDA. Assim se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

> Quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. (...) Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, consequentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público

> primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem. [11]

É de se ressaltar, ainda, o Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308-DF julgado também pelo Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSAO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇAO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. (...) 3. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis. (...) 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. (...) 12. Em verdade, **não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere** (...) 14. Assim, é impossível desconsiderar a vigência da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC, que se aplicam inteiramente à matéria *sub judice*, afastando definitivamente a jurisdição estatal no caso dos autos, sob pena de violação ao princípio do juízo natural.[12] (grifamos).

Verifica-se que a tese do julgado anterior foi ampliada, admitindo a arbitrabilidade dos conflitos envolvendo entes públicos mesmo diante de questão que não verse, diretamente, sobre atividade econômica.

Conclusão

Compreendemos que a arbitragem, em face de todas as vantagens que oferece aos litigantes, tem se tornado, nos últimos anos, o meio de solução preferível para solucionar grandes conflitos, sobretudo os que envolvam pessoas jurídicas de grande porte, sejam nacionais, sejam internacionais.

Sopesando-se a isso o crescente desenvolvimento econômico do Brasil, a necessidade de atrair investidores dispostos a empregar recursos em solo nacional,

[11] REsp nº 612.439/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, julgado em 25.10.2005, publicado no Diário da Justiça em 14.09.2006.
[12] AgRg no Mandado de Segurança nº 11.308/DF, Rel. Ministro LUIS FUX, Primeira Seção, v.u., julgado em 28.06.2006, publicado no Diário de Justiça em 14.08.2006

bem como as parcas forças e capacidades do Estado brasileiro de investir sozinho em obras de infraestrutura, torna-se cada vez mais imprescindível que a Administração Pública esteja disposta a optar pelo meio arbitral de solução de conflitos.

Em nossa opinião, os contratos administrativos celebrados diretamente com o Poder Público podem se sujeitar ao regime da arbitragem, sem que isso cause qualquer ofensa ao Ordenamento Jurídico, desde que o objeto do litígio verse sobre interesses públicos secundários, que, por estarem presentes no campo da liberdade contratual da Administração Pública, são direitos disponíveis.

Quanto às exigências impostas a esta arbitragem, temos que devem ser observados (i) quanto ao idioma: língua portuguesa, mas podendo acontecer de forma bilíngue e também sendo possível a sua tradução, (ii) quanto à sede: deve ocorrer dentro do território nacional; e (iii) quanto ao uso de lei material estrangeira: é possível sua aplicação no que for compatível com os princípios formadores da Ordem Pública Nacional.

No tocante à possibilidade de decisão por equidade, e do estabelecimento de sigilo, desde que não provoquem qualquer conflito com princípios constitucionais ou com leis vigentes, é possível sua pactuação, de modo que não impedem a Administração de editar em seus contratos cláusula compromissória, uma vez que não são características “vitais” ao desenvolvimento do procedimento arbitral.

Por fim, concordamos com o entendimento dos Tribunais Superiores que autoriza o uso da Arbitragem pela Administração Pública, ressaltando que isso em nada fere a indisponibilidade do interesse público e, ainda, beneficia toda a Sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALMON, Eliana. Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio e DA SILVEIRA, Vladimir Oliveira (coord.). **Direito Internacional em Análise**. Curitiba: Clássica, 2013, vol. 2.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10ª. ed. Sao Paulo: Dialética, 2004.

MAGALHÃES, José Carlos de. Contratos com o Estado. *In:* **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre (03), jul/set, 2004.

MARTINS, Amanda Athayde de Linhares. Idioma, Sede e Lei Material Estrangeiros na Arbitragem com a Administração Pública. *In:* **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre (29), jan/mar, 2011.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.) **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINTO, José Emilio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais. *In:* **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre (01), jan./mar., 2004.

SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e Direito Público. *In:* **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre (22). abr./jun., 2009.

SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama. Sinal Verde para a Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas (A Construção de um Novo Paradigma para os Constratos entre o Estado e o Investidor Privado). *In:* **Revista do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 241, jul/set 2005.