
A VIABILIDADE DAS CLÁUSULAS ESCALONADAS MED/ARB NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, SOB A ANÁLISE JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ciências Jurídicas, Edição 116 NOV/22 / 12/11/2022

REGISTRO DOI: 10.5281/zenodo.7315447

Rafael de Ataíde Aires*

RESUMO: O presente trabalho discorre sobre a viabilidade da inserção das cláusulas escalonadas nos contratos administrativos. Neste sentido, analisa o cabimento da mediação e da arbitragem no âmbito da Administração pública, dando destaque para o princípio da força obrigatória dos contratos. Ademais, a pesquisa adentra na legislação brasileira que permite a utilização de métodos extrajudiciais de solução de conflitos nos contratos da Administração Pública. O trabalho também ressalta o avanço da jurisprudência quanto à aceitação dos métodos extrajudiciais, especialmente da arbitragem nos negócios do poder público. Para tanto, o trabalho se debruça sobre algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema nos contratos administrativos.

Palavras chaves: Cláusulas escalonadas, contratos administrativos, mediação, arbitragem, jurisprudência do STJ.

ABSTRACT: The present paper discusses the feasibility of inserting staggered clauses in administrative contracts. In this sense, it analyzes the appropriateness

of mediation and arbitration within the scope of Public Administration, giving prominence to the principle of binding force of the contracts. In addition, the research enters Brazilian legislation that allows the use of extrajudicial methods of conflict resolution in Public Administration contracts. The work also highlights the advancement of jurisprudence regarding the acceptance of extrajudicial methods, especially arbitration in the government business. Therefore, the work focuses on some decisions of the Superior Court of Justice on the subject in administrative contracts.

KEY WORDS: Staggered clauses, administrative contracts, mediation, arbitration, Superior Court of Justice jurisprudence (jurisprudence of the STJ).

SUMÁRIO: Introdução; 1. Cláusulas escalonadas med/arb; 2. Princípio da força obrigatória dos contratos nas cláusulas escalonadas; 2.1. Vinculação obrigatória da convenção de arbitragem; 2.2. Vinculação obrigatória das cláusulas escalonadas med/arb; 3. Possibilidade objetiva e subjetiva da Administração Pública firmar cláusulas escalonadas med/arb.; 3.1. Questões subjetivas; 3.2. Questões subjetivas; 4. A indisponibilidade do interesse público e os métodos extrajudiciais de solução de conflitos; 5. Evolução legislativa quanto ao cabimento dos métodos extrajudiciais nos contratos administrativos; 6. Panorama recente da jurisprudência do STJ a respeito dos métodos extrajudiciais nos contratos administrativos; 7. Jurisprudência em teses do Superior Tribunal de Justiça – Edição nº 122 – Tese nº 13; 1.1 Recurso Especial nº 1.284.633 – PR; 2.2 Recurso especial nº 1.436.312 – MG; 7.3 Conflito de competência nº 139.519 – RJ; 7.4 Mandado de segurança nº 11.308/DF56; 7.5 Recurso especial nº 904.813/PR; 8. Resumo dessa amostragem da recente jurisprudência do STJ.

INTRODUÇÃO:

O presente artigo pretende esclarecer se é possível a Fazenda Pública firmar contratos que constem a cláusula escalonada, prevendo especificamente a mediação e a arbitragem.

Neste sentido, serão analisadas as motivações doutrinárias e jurisprudenciais que respaldam a viabilidade da mediação e da arbitragem enquanto métodos de

solução de conflito, especificamente no que diz respeito à capacidade de dirimir controvérsias que envolvem a administração pública.

Serão levantadas questões importantes, como o caráter vinculante das cláusulas escalonadas, sob a ótica do princípio da força obrigatória dos contratos. Também será estudada a legislação e a jurisprudência brasileira no que tange a disponibilidade dos direitos, considerando que a relação estudada é composta pela Administração Pública.

A metodologia de pesquisa empregada foi bibliográfica, a partir da leitura da doutrina especializada. Assim como, a leitura de artigos científicos, de trabalhos acadêmicos sobre o tema e análise de regulamentos de câmaras arbitrais. Além disso, a pesquisa avaliou qualitativamente, repositórios da jurisprudência dos tribunais superiores, com ênfase nas decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça.

Para efeito de atingir maior objetividade na elucidação do tema, a pesquisa se concentrou nos litígios envolvendo a Administração Pública indireta, mais especificamente as sociedades de economia mista e empresas públicas que exploram a atividade econômica.

Por fim, a pretensão principal do presente trabalho é demonstrar a viabilidade da utilização das cláusulas escalonadas med/arb em contratos administrativos, de acordo com a jurisprudência do STJ.

Por fim, a pretensão principal do presente trabalho é demonstrar a viabilidade da utilização das cláusulas escalonadas med/arb em contratos administrativos, de acordo com a jurisprudência do STJ.

1 CLÁUSULA ESCALONADA MED/ARB

Neste artigo a cláusula escalonada será, principalmente, tratada a partir dos viés do seu cabimento, nos termos da Lei e de sua validade diante da jurisprudência.

No Brasil, esse tipo de cláusula vem se tornando usual na medida em que a legislação específica para os meios extrajudiciais de solução de conflitos foi sendo inserida no ordenamento jurídico nacional. Portanto, esse movimento ganhou força com o advento da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, seguido da Resolução 125/2010 do CNJ, bem como a com a promulgação da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o Novo Código de Processo Civil, no qual autocompositivos ganharam destaque.

Por último, na sequência, a edição da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, conhecida como a Lei da Mediação, que regulamenta a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

As cláusulas escalonadas também são denominadas de cláusulas conjugadas, cláusulas combinadas e, dentre outras denominações, também são conhecidas como multi-etapas (em inglês: multi-tiered step clauses).

Estas cláusulas definem antes de se buscar o juízo arbitral ou judicial. Sendo assim, surgindo um litígio, as partes deverão primeiramente se submeter aos meios extrajudiciais de solução de conflito nela estipulado antes de iniciar o processo arbitral ou de ingressar em juízo. Tais cláusulas podem ser conceituadas como “estipulações que preveem a utilização sequencial de meios de solução de controvérsias, em geral mediante a combinação de meios consensuais e adjudicatórios.”¹

Para trazer uma conceituação mais técnica do conceito, destaco a lição do advogado suíço Alexander Jolles, expert em litígios comerciais internacionais:

“Multi-tier arbitration clauses are clauses in contracts which provide for distinct stages, involving separate procedures, for dealing with and seeking to resolve disputes. Such clauses typically provide for certain steps and efforts to be taken by the parties prior to commencing arbitration. These initial steps are aimed at finding an amicable settlement of disputes in order to avoid arbitration or litigation. Typically, the initial tiers of such clauses provide for a duty to enter into negotiations, sometimes requiring the attendance of top management

representatives, and/or a duty to participate in conciliation or mediation processes. The last tier of such clauses provides for the adjudicatory process (arbitration), which is intended to be conducted only if the efforts taken in the initial tiers have failed”².

Registra-se que as cláusulas escalonadas são utilizadas com frequência nos contratos de relações comerciais internacionais, assim como em contratos de grande vulto com duração estendida, como os de concessão de exploração de gás e petróleo e os de venda de energia elétrica.

Inclusive, temos um exemplo de cláusula escalonada envolvendo a Administração Pública que teve a sua validade confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão do ano de 2017, REsp. nº 1.284.633/PR³.

O contrato em discussão no referido julgamento tratava de compra e venda de energia elétrica em grande escala. Portanto, um negócio de grande valor econômico. Registro que a decisão referente a esse contrato será comentada mais a fundo em um tópico específico.

2 – O PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS NAS CLÁUSULAS ESCALONADAS MED/ARB

Primeiramente deve-se enfatizar que a cláusula escalonada med/arb tem escopo de cláusula contractual. Portanto, está submetida ao princípio da força obrigatória dos contratos– pacta sunt servanda. Isto significa que a cláusula decorre da autonomia da vontade daqueles que decidem contratar, os quais são livres para dispor sobre os ditames da avença engendrada.

Quanto ao tema, Francisco dos Santos Amaral Neto⁴ dispõe:

“Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional ”

Ainda sobre o assunto, destaca-se o entendimento de Caio Mário:

“filho da vontade humana, o negócio jurídico é a mais alta expressão do subjetivismo, se atentarmos em que o ordenamento jurídico reconhece à atividade volitiva do homem o poder de criador de efeitos no mundo do direito”

De todo modo, não podemos deixar de falar do revestimento de controle público que ganhou a autonomia contratual, em razão da função social do contrato, o que, entre outras consequências, gerou a relativização dos efeitos da *pacta sunt servanda*.

Mas, independentemente desta ressalva, a autonomia da vontade das partes continua sendo elemento fundante do negócio jurídico, conforme a teoria clássica dos contratos⁵

Feita essa breve consideração, entraremos na análise da vinculação obrigatória da convenção de arbitragem

2.1 Vinculação obrigatória da convenção de arbitragem

O conceito de convenção de arbitragem, prescrito na Lei de Arbitragem⁶, art. 3º, é composto por dois institutos, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Desta feita, a cláusula é tida como convenção por meio da qual as partes incluem em determinado contrato o comprometimento a se submeterem à arbitragem, no caso da ocorrência de eventuais e futuros litígios, referente a tal contrato. Já o compromisso arbitral é aquele através do qual as partes submetem ao juízo arbitral a solução de um litígio existente e atual.

À primeira vista, a única diferença é quanto ao momento da confecção da convenção. Na cláusula compromissória, é realizada antes de surgir a controvérsia. Portanto, se ocupa de situação que pode ou não vir a acontecer, enquanto que o compromisso arbitral se destina a tratar de situação concreta, algo que já ocorreu.

É importante dizer que o legislador optou por manter tal conceituação após a Lei 13.129/2015⁷. Isto é, permanecem as duas formas de comprometimento, tal como na lei originária. Também não houve alteração legal no que respeita à forma dos institutos.

Para a cláusula não se cobra excesso de formalismo, o art. 4.º, § 1.º, da Lei 9.307/1996, apenas exige que seja redigida por escrito. No que respeita ao compromisso, o legislador foi um pouco mais rigoroso, regulando detalhadamente como deve ser (termo nos autos, documento particular firmado por duas testemunhas, ou por instrumento público).

Ainda sobre o compromisso arbitral, a lei segue regulando a miúdo esse negócio jurídico, estabelecendo que esta modalidade de avença deve conter obrigatoriamente determinados caracteres e, facultativamente, pode conter outros. Nos termos, dos arts. 10 e 11 da Lei 9.307/1996), respectivamente.

De qualquer forma, é importante destacar que seja na modalidade cláusula compromissória ou na espécie compromisso arbitral, as partes terão que ser leais ao compromisso firmado. Logo, mesmo sendo contrato administrativo, os convenientes deverão se submeter à jurisdição arbitral. Quero dizer com isso que a Administração Pública, não poderá alegar supremacia do interesse público ou indisponibilidade do interesse público, na tentativa de descartar a competência do tribunal arbitral, como se tem notícia no direito brasileiro.

Na lição de José Maria Rossani GARCEZ⁸:

‘A arbitragem decorre da vontade expressa pelas partes na convenção arbitral!’, que é gênero, da qual são espécies a ‘cláusula compromissória’ (introduzida nos contratos ‘para submeter qualquer questão contratual futura a este método’) e o ‘compromisso arbitral’ (termo que ‘detalha a arbitragem após surgido o conflito’, definindo seus limites, discriminando os dados pessoais dos árbitros escolhidos, o lugar da arbitragem e outros elementos necessários).

(...)

A existência de uma cláusula compromissória válida é suficiente para justificar a prejudicial de exclusão da via judicial a ser alegada pela outra parte caso uma delas se 'esqueça' e inobstante o particular da existência da cláusula compromissória, resolva ingressar em juízo. Este conceito já existe refletido em muitas decisões judiciais, a que os interessados poderão ter acesso ao consultar repertórios jurisprudenciais disponíveis”

O Direito brasileiro confere amplos poderes aos árbitros, de modo que faz parte de sua competência dirimir as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória, como preleciona o art. 8º da Lei de Arbitragem.

Essa soberania do árbitro se revela na doutrina através do princípio da competência-competência (Kompetenz-Kompetenz), nos termos do qual todos os aspectos da cláusula arbitral devem ser apreciados pelos árbitros escolhidos pelas partes, em detrimento do Judiciário. Cada vez mais o Superior Tribunal de Justiça firma entendimento neste sentido:

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ALCANCE. PRINCÍPIO COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA.

1. Ação ajuizada em 08/10/2014. Recursos especiais interpostos em 18/05/2015 e 19/05/2015, atribuídos a esse Gabinete em 08/09/2016.

2 O propósito recursal consiste em determinar se o Poder Judiciário pode se manifestar acerca do alcance de cláusula compromissória de forma prévia ao próprio Tribunal Arbitral.

3 A convenção de arbitragem prevista contratualmente afasta a jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato, além da própria existência, validade e eficácia da

cláusula compromissória.

4 Admitir que a decisão de Tribunal Arbitral formado para a resolução de outro litígio cumpra a necessidade de manifestação prévia dos árbitros seria uma verdadeira ofensa ao princípio da competência- competência.

5 Esta Corte tem entendimento consolidado no sentido de que, na impossibilidade de mensuração da expressão econômica da demanda, circunstância não verificada na espécie, admite-se que o valor da causa seja fixado por estimativa, sujeito a posterior adequação ao valor apurado na sentença ou no procedimento de liquidação.

6 Na hipótese dos autos, contudo, não há como afirmar a possibilidade de mensuração econômica, considerando que o julgamento não irá resolver o mérito da lide, mas apenas remetê-la para apreciação de um tribunal arbitral. Assim, não há necessidade de reparo ao valor fixado como honorários de sucumbência.

7 Recursos especiais interpostos por MANCHESTER e BRPR conhecidos e não providos.⁹

Portanto, não há dúvida de que uma vez firmada convenção de arbitragem, em qualquer das modalidades, o compromisso deverá ser respeitado. Ademais, é importante destacar que a jurisprudência brasileira tem acertado em ratificar a soberania do juízo arbitral, quando confirma o princípio da competência/competência.

2.2 Vinculação obrigatória das cláusulas escalonadas med/arb

Primeiramente, é importante dizer que a mediação somente ganhou lugar no ordenamento jurídico brasileiro após a instituição Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos, que foi criada pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Mais tarde adveio o Código de Processo Civil de 2015, que codificou os intentos da referida Resolução do CNJ.

Logo em seguida, foi criada a Lei 13.140/2015, conhecida como a Lei da Mediação. Portanto, pode-se afirmar que é recente o histórico legislativo brasileiro no que se refere aos meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Em apertada análise, considerando que as cláusulas escalonadas são avenças que conjugam pelo menos dois métodos de solução de conflitos, é possível vislumbrar o respaldo legal na legislação brasileira. Notadamente, a cláusula med/arb, que é objeto deste trabalho.

Portanto, da mesma forma, que é obrigatória a vinculação a convenção de arbitragem, não vejo óbice à obrigatoriedade das partes a se submeterem a cláusula escalonada med/arb. Já que tal cláusula contratual será fruto da autonomia da vontade das partes, tendo, além disso, o respaldo na legislação pátria, nos termos das legislações acima mencionadas.

3 POSSIBILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FIRMAR CLÁUSULAS ESCALONADAS MED/ARB

Em sentido amplo, é importante avaliar, do ponto de vista jurídico, se é possível a Administração Pública participar de um processo envolvendo de forma escalonada a mediação e a arbitragem. Assim como, deve-se avaliar o tipo de questão que pode ser objeto da controvérsia a ser dirimida nesta modalidade.

Portanto, se divide em questão subjetiva (ou *ratione personae*), que remete a possibilidade das partes envolvidas se submeterem a cláusula escalonada e a questão objetiva (ou *ratione materiae*), que se relaciona com a viabilidade de a questão controvertida ser submetida à med/arb.

3.1 Questões subjetivas

Quando se fala de capacidade de contratar na Arbitragem, existe inclusive uma expressão correspondente na doutrina, qual seja: a arbitrabilidade subjetiva¹⁰. Esta diz respeito à capacidade das partes, sendo uma condição indispensável para que estes possam firmar a convenção de arbitragem.

Na arbitragem interessa a capacidade jurídica para exercer o direito e contrair obrigações. Essa questão nos remete ao art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), que restringe a participação dos sujeitos na arbitragem, determinando que só podem fazê-lo aquelas pessoas capazes de contratar¹¹.

No que tange a Mediação, não poderia ser diferente, podendo participar como parte desta modalidade as pessoas aptas a contratar. Quanto a esta possibilidade, há previsão no Código Civil¹².

Como o presente trabalho trata de contratos administrativos, registro que do ponto de vista subjetivo é incontestável que a Fazenda Pública seja capaz de celebrar contratos com cláusulas med/arb. Esse aspecto demandava algum debate. No entanto, restou superado após a modificação sofrida na Lei de Arbitragem, através da Lei 13.129, de 26 de maio 2015, passando a prever expressamente a possibilidade da Administração Pública direta e indireta a participar de convenção de arbitragem.

Da mesma forma, assim estabelece a Lei de Mediação, que já no seu artigo 1º permite a participação: *“Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”*.

Portanto, atualmente, os questionamentos, quando são levantados, se restringem a questão do objeto de discussão da arbitragem.

3.2 Questões objetivas

Além da capacidade jurídica para se submeter a mediação e a arbitragem, é condição indissociável que o objeto da controvérsia seja um direito patrimonial disponível.

Neste contexto, entende-se por patrimônio disponível os bens passíveis de serem alienados ou transacionados. Ademais, implica dizer que são disponíveis quando puder seu titular dispor livremente deles, sem que exista regra cogente impondo

o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato prático com sua infringência¹³.

Desta forma, até pouco tempo atrás, alguns entendiam que a utilização da Arbitragem seria inviável para o Estado por se exigir que o objeto do litígio verse sobre direito patrimonial disponível, o que seria incompatível com a Fazenda Pública.

Para não deixar dúvidas, a modificação da Lei de arbitragem há pouco comentada, assevera que a Administração Pública pode se submeter ao juízo arbitral para dirimir conflitos envolvendo direitos disponíveis. Logo, aqueles que alegavam que os agentes do poder público estavam impedidos diante da imposição do princípio da estrita legalidade¹⁴, perderam força.

Embora não conste na Lei da Mediação expressamente que cabe a autocomposição de direitos disponíveis, isto não é necessário. A dedução é óbvia, já que se aplicará o mesmo entendimento da arbitragem.

Falando de posições favoráveis à adoção da arbitragem na Administração Pública, temos doutrinadores que já eram desta posição mesmo antes das modificações legais apontadas.

Parte deles defende que qualquer entidade da Fazenda poderia firmar convenções arbitrais, fundamentando a defesa no art. 54, caput, da Lei nº 8.666/1993¹⁵, que prevê a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado. Tomando este raciocínio, logicamente, o mesmo se aplicaria a cláusula escalonada med/arb.

Outros vislumbram a existência de uma espécie de sistema, composto por leis esparsas, nas quais a previsão para a utilização de meios extrajudiciais é expressa. Sendo assim, entendem que este sistema poderia extrair autorização genérica para a utilização da arbitragem¹⁶.

Os defensores dessa ideia apontam como exemplo as previsões na Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997, art. 43, X), na Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995, art.

23-A), na Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004, art. 11, III) e na (Lei nº 10.259/2001, art. 10, § único)¹⁷.

No que tange especificamente ao nosso tema, empresas públicas e as sociedades de economia mista, parte da doutrina, acredita que essas entidades teriam plena aptidão para contratarem convenção de arbitragem, em consonância por força com o art. 173, § 1º, da Constituição¹⁸.

Diante destas posições doutrinárias, entendo que as argumentações são pertinentes, dado o embasamento teórico e prático que apresentam. Isso demonstra o quanto vem se desenvolvendo a aceitação da adoção de meios extrajudiciais no país, seja no meio privado ou no âmbito da Administração Pública. Isso expressa claramente o amadurecimento dos métodos extrajudiciais de solução de conflito no nosso ordenamento, o que culminou com a alteração na Lei de Arbitragem e com a previsão expressa na Lei de Mediação quanto à possibilidade de aplicação nos contratos da Fazenda.

4. INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Embora tenha ocorrido evolução legislativa, no sentido da aceitação de arbitragem e outros métodos extrajudiciais nos contratos da Administração Pública, é importante estar atento para as peculiaridades destas avenças. Pode-se afirmar que o princípio da indisponibilidade do interesse público, especificamente nestes contratos que contém arbitragens, mediações, conciliações e transações, é atenuado. Todavia, não é descartado. Pelo contrário, permanece sendo um princípio caro, o que demandará uma cercania de cuidados para a sua consecução.

Neste sentido, Carvalho Filho¹⁹ ensina que:

“Não há dúvidas de que o Estado há de ter cautela redobrada no que tange ao emprego dos recursos públicos, visto que estes se originam, em última instância, dos integrantes da coletividade. Entretanto, o sentido moderno do princípio da legalidade não implica a vedação para que o Estado celebre transações, sobretudo, quando é a própria lei que o estabelece. Por outro lado, a

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

Logo, o administrador gestor destes contratos terá que ficar atento para não cometer qualquer ato que possa ser interpretado como desvio de finalidade ou improbidade. Além do mais, a escolha de um ou mais método extrajudicial deverá ser justamente um mecanismo favorecedor do interesse público, em razão de possibilitar a solução de conflitos de forma célere e menos custosa do que no juízo estatal.

Diante de tantos problemas enfrentados pelo país nas últimas décadas, relacionados à má gestão da coisa pública, me parece razoável a noção de que os direitos patrimoniais da Fazenda Pública são disponíveis nos limites definidos pela lei, corroborado pelo princípio da legalidade.

Ou seja, a relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público, deve ser acompanhada de regras que se imponham sobre os agentes públicos, definindo quais os limites e condições para dispor dos bens públicos, no intuito de evitar o atropelamento da indisponibilidade do interesse público.

Sobre esse tema, CARLOS ALBERTO CARMONA²⁰ resume bem: “O verdadeiro preconceito que se estabeleceu em erro comum de associar a ideia da indisponibilidade a tudo o que diga respeito, direta ou indiretamente, ao Estado. Os administrativistas já especificaram há muito tempo que uma coisa é o interesse público, outra o interesse da Administração ou da Fazenda Pública: o interesse público está na correta aplicação da lei, de tal sorte que, muitas vezes, para atender o interesse público, é preciso julgar contra a Administração”

5. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA QUANTO AO CABIMENTO DOS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Algumas leis que corporificam essa evolução legislativa já foram aqui mencionadas, sendo necessário fazer uma análise mais detida das mesmas. Principalmente para chamar a atenção para a importância delas no que diz respeito à contribuição para a inserção do uso dos métodos extrajudiciais na resolução dos conflitos das entidades da Administração Pública.

A primeira lei federal que fez menção a possibilidade de instauração de métodos de solução de conflitos fora da jurisdição estatal para contratos envolvendo a Administração e a iniciativa privada foi a Lei de Concessões (Lei 8.987/1995).

A referência não foi expressa, pois não fez menção a um ou mais métodos extrajudiciais, mas indiretamente deixou claro que as controvérsias contratuais poderiam ser dirimidas através de métodos de solução diferentes do juízo estatal. No seu art. 23, IV, dispõe sobre as cláusulas essenciais do contrato de concessão, consta, a seguinte expressão *“ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”*.

Reitera-se que não foi prevista a indicação expressa de um determinado meio adequado de solução de conflitos. Mas, ao admitir a solução por modos amigáveis, deu margem à possibilidade das entidades se submeterem aos meios autocompositivos e até mesmo ao juízo arbitral, que é meio heterocompositivo. A construção deste entendimento teve participação significativa do Tribunal de Contas da União. Inicialmente o órgão foi contra a admissão da arbitragem junto à Administração Pública.

Tanto que, em determinado julgamento da matéria, o TCU entendeu ser inadmissível o juízo arbitral em contrato administrativo, em face da ausência de autorização legal, bem como por julgar que tal método contrariava princípios básicos de direito público, como se constata na ementa a seguir transcrita:

“1 – ... o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e a respectiva proposta vencedora, entre outros);²¹”

Neste julgado o Tribunal de Contas ressaltou que a Lei n.º 8.666/93 não admitia expressamente a solução do contrato administrativo pelo juízo arbitral ou outro meio extrajudicial.

Mais à frente, após a edição da Lei de Concessões (Lei n.º 8.897/95), o referido Tribunal reformulou o seu entendimento, passando a concordar com a inserção da convenção da arbitragem nos contratos administrativos, com a ressalva de as cláusulas arbitrais não ferissem o princípio da legalidade e o da indisponibilidade do interesse público.

O cerne da discussão, que propiciou a revisão de entendimento do Tribunal de Contas está no bojo do artigo 23, XV, da Lei n.º 8.987/95, no qual está presente como cláusula essencial do contrato de concessão a eleição do foro e o modo de composição amigável.

Vejamos agora o julgamento que serve de mudança de paradigma no entendimento daquela corte. Segue o voto do Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira nos autos do Processo TC n.º 006.0986/93-2 do TCU, nos seguintes termos:

“Ora, se for admitida a ‘transação’ como forma de solução de litígios em contratos de concessão, em que o Poder Público e o concessionário fazem ‘concessões mútuas’ (Código Civil, art. 1.025) para a solução amigável das divergências contratuais, não deve haver qualquer empecilho a que se admita a utilização de árbitros. A interpretação teleológica do Art. 23, inciso XV, da Lei n.º 8.987/95 teve concluir que o legislador utilizou a expressão ‘modo amigável de solução de divergências’ em oposição à ‘solução jurisdicional de controvérsias’.

A utilização da arbitragem encontra, portanto, fundamento legal, sendo descabido falar-se em violação do princípio da legalidade, e constitui forma célere e econômica para a solução de litígios em contratos de concessão, podendo apenas trazer vantagens para a Administração Pública. Deve-se concluir, portanto, que a utilização de árbitros possui amparo legal (Lei 8.987/95) e apresenta-se conveniente para a Administração Pública, não sendo mais

possível após o advento da legislação mencionada, falar-se em ilicitude da cláusula do Contrato de Concessão celebrado...²²”

Admirável a interpretação do TCU em face do art. 23, inciso XV, da Lei n.º 8.987/95, concluindo que o legislador utilizou a expressão ‘modo amigável de solução de divergências’ em oposição a ‘solução jurisdicional de controvérsias’.

Ressalto que a decisão acima transcrita foi publicada em 22/05/1995. Logo, ainda não existia no Brasil legislação específica sobre meios extrajudiciais de solução de conflitos. sequer existia a Lei de Arbitragem. Portanto, pode-se se falar em posição de vanguarda, de grande valia para a construção do entendimento dos métodos extrajudiciais de solução de conflito no ordenamento jurídico brasileiro.

Obviamente, deve ser dado crédito ao legislador infraconstitucional que inseriu a possibilidade de inclusão de cláusulas na solução amigável de controvérsias na Lei de Concessão e outras que a sucederam²³.

Seguindo a evolução cronológica da legislação, veio a Lei Geral das Telecomunicações (Lei 9.472/1997)²⁴, a qual trouxe previsão da possibilidade de resolução arbitral, na medida em que dispõe no seu art. 93, XV, que o contrato conterá “(...) o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”. Neste caso o legislador, de forma técnica, usou expressão que abrange as diversas modalidades de soluções extrajudiciais de conflitos.

A Lei de Política Energética Nacional (Lei 9.478/1997)²⁵, que regulamenta as concessões de exploração petrolífera, indicou de forma expressa aos meios extrajudiciais. Neste caso a redação foi direta, com a menção a 02(dois) métodos extrajudiciais no texto da lei, “*art. 43, inciso X: as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.*”

Pode se dizer que foi dada posição de destaque, pois este artigo trata das cláusulas essenciais que devem conter os contratos.

Segundo a mesma linha, a Lei 10.233/2001²⁶, que regula a reestruturação dos transportes aquaviários e terrestres, preconiza expressamente a conciliação e a arbitragem. No seu art. 35, XVI, prescreve que deve constar entre as cláusulas essenciais do contrato as regras de solução de conflitos, como a conciliação e a arbitragem.

-

A Lei 10.848/2004²⁷, que trata da comercialização de energia elétrica, também surgiu com o viés extrajudicial para a resolução de seus conflitos. Com o destaque para a utilização da convenção de arbitragem na resolução de controvérsias entre os agentes integrantes da CCEE (Câmara de Comércio de Energia Elétrica), conforme seu art. 4.º, § 5.º. A Lei também autoriza que as empresas públicas e sociedades de economia mista que venham fazer parte da CCEE possam aderir à arbitragem, nos termos do art. 4.º, § 6.º.

Outra lei que traz no seu texto a arbitragem de forma explícita é a Lei 11.079/2004²⁸, que regulamenta as Parcerias Público-Privadas (PPPs). Esta norma, diferente das anteriores, é mais abrangente, na medida em que prevê a possibilidade da utilização de mecanismos privados de solução de conflitos, ou seja, não só a arbitragem. Quanto à arbitragem, é mais detalhista, pois determina que a arbitragem deverá ser realizada no Brasil, em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23.09.1996. Isto consta no art. 11, III, *'o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.'*

Alguns anos mais tarde, em 2009, adveio a Lei 11.909/2009²⁹, que trata sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural. Esta norma também trouxe previsão à arbitragem como método de resolução de conflitos, indicando, no art. 21, XI, expressamente a “conciliação e arbitragem” como meio de solução de controvérsias.

Diante desse apanhado da evolução legislativa federal, que dispõe sobre os meios extrajudiciais de solução de conflitos, é salutar destacar que o Brasil, em

certa medida, vem acolhendo efetivamente os métodos extrajudiciais de solução de conflitos. Mais especificamente, no âmbito dos contratos administrativos. Isto, sem dúvidas, abre caminho para a inserção de cláusulas escalonadas med/arb nos contratos administrativos. Inclusive outras modalidades de cláusulas escalonadas, que conjuguem outros meios de resolução de controvérsias.

6. PANORAMA RECENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ A RESPEITO DOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Analisando a jurisprudência recente do STJ, é possível afirmar que a evolução do entendimento sobre os meios de solução extrajudicial de conflitos, especialmente do instituto da arbitragem, foi substancial, seguindo a esteira da legislação, como acima destacado. Creio que o avanço jurisprudencial foi até mais significativo.

No que tange ao tema aqui proposto, o Superior Tribunal de Justiça foi provocado algumas vezes e predominantemente ratificou o que previa as legislações específicas que basearam os contratos administrativos.

Especificamente quanto às sociedades de economia mista ou empresas públicas, se posicionou favorável à submissão de suas controvérsias à arbitragem. Inclusive, firmou entendimento pontuando duas hipóteses nas quais caberia às referidas entidades submeterem suas questões à convenção de arbitragem.

A primeira seria no caso de os entes públicos desenvolverem prioritariamente atividade econômica e a segunda quando atuarem como prestadores de serviço público. Nessa segunda hipótese, desde que o núcleo da controvérsia seja de caráter econômico.

Diante do exposto, em seguida serão apresentados alguns julgados que são uma amostragem representativa da jurisprudência atual sobre a matéria no Superior Tribunal de Justiça.

7. JURISPRUDÊNCIA EM TESES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Edição nº 122 –TESE Nº 13³⁰

Abro um parêntese para falar desse serviço prestado pelo Superior Tribunal de Justiça, de livre acesso ao público. É um trabalho realizado com excelência pela Secretaria de Jurisprudência, fruto de detalhado estudo da base de jurisprudência do STJ. Desta pesquisa são elaboradas as teses de matérias específicas, as quais são editadas e lançadas para a comunidade jurídica.

A edição nº 122, publicada em 05/04/2019, teve como tema a Arbitragem. Foram editadas 14 teses a respeito da matéria. Destacarei aqui uma delas, a nº 13, pois ela trata exclusivamente do tema objeto deste trabalho. Inclusive foi um dos motivos que me levou a escrever este artigo.

A Secretaria de Jurisprudência ressalta que as teses não consistem em repositório oficial da jurisprudência da corte. No entanto, sinceramente, entendo que se trata de uma das melhores fontes de consulta disponíveis.

Além do mais, a partir da análise das teses se percebe o quanto elas representam a posição do tribunal sobre determinada matéria. No caso da Edição nº 122, os entendimentos que deram subsídio para as teses foram extraídos de julgados publicados até 22/03/2019.

A tese nº 13 diz o seguinte: *“Não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, para a resolução de conflitos relacionados a direitos disponíveis.”*

A seguir trarei alguns julgados que serviram de base para a tese em comento.

7.1 RECURSO ESPECIAL Nº 1.284.633 – PR (2011/0235775-8)³¹

Neste primeiro caso, antes de analisar o julgamento, ressalto que a cláusula objeto de discussão no contrato reclamado foi uma cláusula escalonada, que previa a combinação dos meios extrajudiciais de solução de conflito, mediação e arbitragem.

Este recurso especial foi interposto pela Copel Distribuição S.A em face de um acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que se insurgiu contra a decisão que manteve a sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito na primeira instância.

O TRF ratificou o entendimento de segundo grau de que a ação ordinária movida pela recorrente não poderia prosseguir, pois as partes tinham contratado uma cláusula escalonada med/arb para o caso de ocorrência de conflitos.

Registra-se que tal ação ordinária foi ajuizada pela Copel Distribuição S/A contra o Consórcio Salto Natal Energética, Brascan Energética S/A, Energética Rio Pedrinho S/A e a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, objetivando a declaração de nulidade das sentenças arbitrais proferidas nos procedimentos 001/2004 e 002/2004, da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas. Da mesma forma, requereu a declaração de nulidade dos contratos de compra e venda firmados entre as partes.

O Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, negando a nulidade dos contratos de compra e venda de energia elétricas, confirmando a sua legalidade.

No acórdão do STJ foi transcrita o trecho da decisão do TRF 4, que traz os exatos termos da cláusula escalonada med/arb que foi fazia parte do processo:

“Compulsando os autos, verifico que as cláusulas 32 e 33 de ambos os contratos (fls. 136 e 748) assim dispõe:

Cláusula 32. Caso a controvérsia não tenha sido resolvida amigavelmente, ou por mediação da ANEEL em até 60 (sessenta) dias da primeira notificação por uma PARTE, nos termos da cláusula 30, tal disputa deverá ser resolvida de forma definitiva e vinculante a través de procedimento arbitral.

Cláusula 33. A arbitragem será conduzida de acordo com o Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem.

Portanto, tendo as partes convencionado desse modo, torna-se obrigatória a via extrajudicial eleita, ficando afastada a solução judicial do litígio.”

O STJ julgou a matéria de acordo com os seus precedentes, prestigiando o caráter vinculatório da convenção de arbitragem, bem como se verifica a presença do princípio da competência/competência, já que diante das

impugnações da recorrente em face das cláusulas compromissórias, a Ministra relatora foi categórica ao afirmar que eventual nulidade atinente a avença arbitral deveria ser submetida, inicialmente, à decisão do próprio juízo arbitral, que havia julgado o procedimento.

Na fundamentação do seu voto, a Ministra relatora utilizou o seguinte julgado do STJ:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESILIÇÃO DE CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO E REVENDA DE BEBIDAS. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ART. 131, 165, 458 E, 535 DO CPC/73. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO INEXISTENTES. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ARBITRAGEM. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.

(...)

4. As questões relacionadas à existência de cláusula compromissória válida para fundamentar a instauração do Juízo Arbitral deve ser resolvido, com primazia, por ele, e não pelo Poder Judiciário.

5. O STJ tem orientação no sentido de que nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, sendo prematura a apreciação pelo Poder Judiciário.

Precedentes.

6. Cuidando-se de cláusula compromissória cheia, na qual foi eleito o órgão convencional de solução do conflito, deve haver a instauração do Juízo arbitral diretamente, sem a passagem necessária pelo Judiciário.

7. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1.602.696/PI, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJe de 16/08/2016).

Logo, é bem claro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da cláusula escalonada, bem como sobre o caráter vinculante da cláusula compromissória e o princípio competência/competência.

7.2 RECURSO ESPECIAL Nº 1.436.312 – MG (2014/0033119-6)³²

Neste recurso a recorrente INSTITUTO MINEIRO DE GESTÃO DAS ÁGUAS – IGAM, que é uma Autarquia do Estado de Minas Gerais, atacou o acórdão proferido pelo TJ/MG, alegando ofensa aos artigos 1º da Lei n. 9.307/1996 e 54 da Lei n. 8.666/1993. O ataque se concentrou na tese de que a cláusula compromissória existente no contrato administrativo que vincula o IGAM ao CONSÓRCIO CONSEL EXPONENCIAL CONEXCON seria ilegal, sob o fundamento de que um instituto de regime privado não poderia fazer parte de um contrato caracterizado pelo interesse público.

Aduz também que o objeto do contrato é de direito indisponível e que somente o Poder Judiciário seria competente para julgar eventuais conflitos surgidos daquela avença, conforme a Lei 8.666/1993.

Em decisão monocrática, o Ministro Benedito Gonçalves não reconheceu o recurso, indicando alguns defeitos processuais, com fundamento nas súmulas 5/STJ, 283/STF e 284/STF. Quanto à questão de mérito, a decisão fulcrou-se nos precedentes da corte, os quais asseguram a legalidade do juízo arbitral para dirimir conflitos em contratos administrativos.

Na fundamentação do voto foi utilizado um excerto de um julgado da 1ª Seção do STJ, que teve como relator o Ministro Fux:

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

“1. A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia

contratual previstos na Lei 8.666/93.

[...] (MS 11308/DF, Primeira Seção, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe 19/05/2008)”

É interessante enfatizar que a decisão acima transcrita fala especificamente que a Lei de Licitações não pode ser utilizada como fundamento capaz de afastar a validade da convenção de arbitragem. Da referida decisão também se extrai que a Lei 8.666/93 não confere poderes superiores ao ente da administração pública em relação a outra parte do contrato administrativo.

Lembrando que essa suposta superioridade foi uma das argumentações basilares do Recurso Especial da autarquia mineira.

O Ministro relator também motivou a sua decisão no conceito sedimentado na doutrina brasileira que diferencia interesse público primário de interesse público secundário. Inclusive, isto está expresso na ementa.

Os doutrinadores brasileiros indicam que existe o interesse público propriamente dito, que também é denominado de interesse público primário. Assim como, existe o interesse da Administração, também chamado de interesse público secundário³³.

O primeiro deles está relacionado a correta aplicação da Lei, tendo elo com os próprios fins do Estado, bem como tem íntima relação com a consecução dos direitos fundamentais. Portanto são sempre indisponíveis. Já o interesse secundário é aquele que possibilita a mobilização do Estado, satisfazendo a realização do interesse público primário³⁴.

Estes englobam os direitos patrimoniais da administração, dos quais a Fazenda pode dispor sem as amarras de normas cogentes. Obviamente, dentro dos limites legais.

7.3 CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 139.519 – RJ (2015/0076635-2)³⁵

Neste caso o Conflito Positivo de Competência teve como Suscitante a PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS e teve como Suscitados o TRIBUNAL

ARBITRAL DA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL-CCI, o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª. REGIÃO e o JUÍZO FEDERAL DA 5ª. VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Em 06/08/1998 a AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL

E BIOCOMBUSTÍVEIS-ANP celebrou o Contrato de Concessão 48000.003560/97-49 com a PETROBRÁS, para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural no Bloco BC-60. Neste contrato estava previsto uma cláusula compromissória arbitral.

Depois de 16 anos de contrato de Concessão, a ANP, em 14/02/2014, lançou mão de uma Resolução, a qual, segundo a Petrobrás, alteraria unilateralmente as cláusulas do contrato firmado, principalmente a que tratava da avença compromissória.

Diante disto, a Petrobrás reclamou na via administrativa, requerendo a anulação/revogação da referida Resolução. Todavia, não obteve sucesso no pleito.

Por conta do resultado, deu início a um Procedimento Arbitral contra a ANP, perante a CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM-ICC, no intuito de obter a declaração de nulidade da resolução.

A Petrobrás, em 24/04/2014, objetivando evitar prejuízos que poderiam advir da resolução e em razão do tribunal arbitral ainda não ter sido constituído, decidiu ajuizar ação cautelar na Justiça Federal do Rio de Janeiro, a fim de suspender os efeitos da decisão da ANP. A liminar foi concedida pelo Juízo de 1ª instância, mas foi cassada no 2º grau em sede de Agravo de Instrumento interposto pela ANP.

Após instalado o tribunal arbitral, foi proferida decisão determinando que enquanto não fosse decidido o pedido cautelar, as partes ficariam proibidas de praticar quaisquer atos que pudessem afetar a esfera de direitos da outra.

A ANP, inconformada com a decisão, ajuizou ação anulatória na Justiça Federal do Rio de Janeiro, requerendo a anulação do processo arbitral. O Juízo da 5a. Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro negou liminar e no mérito confirmou a improcedência da ação.

Não satisfeita, a ANP interpôs recurso de apelação. Ocorre que antes da distribuição do recurso perante o Tribunal Regional Federal da 2a. Região, a recorrente propôs ação cautelar naquele Tribunal Regional Federal, requerendo a suspensão do procedimento arbitral, sob a alegação de que teria risco do referido processo ser sentenciado antes da apreciação da apelação pelo Tribunal.

A 8a. Turma Especializada do TRF da 2a. Região concedeu o pedido de provimento liminar para suspender a tramitação do juízo arbitral instaurado pela PETROBRAS para discutir a validade da RD 69/2014.

A partir de então a Petrobras acionou o STJ, suscitando o conflito positivo de competência. O pedido de liminar foi concedido, tendo a corte atribuído provisoriamente à competência ao TRIBUNAL ARBITRAL DA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO

INTERNACIONAL-CCI para o exame de medidas ou providências de natureza emergencial, urgente ou acauteladora. Ademais, determinou que todas as demandas judiciais e/ou procedimentos administrativos vinculados a controvérsia entre as partes fossem paralisadas.

No mérito, também, foi declarado competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI.

Destaca-se que o Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho decidiu pela competência da Justiça Federal. Todavia ele foi voto vencido, tendo sido o voto divergente o da Ministra Regina, o qual foi o condutor do acórdão.

No seu voto ela fez destaques relevantes sobre a Lei n. 13.129/15, que, segundo ela, modificou de forma significativa o regime jurídico da Arbitragem. Em especial

destacou que a referida lei introduziu alguns princípios, como se verifica num trecho do voto:

'No que toca especificamente à arbitragem, regida pela Lei n. 9.307/96, cumpre observar que a Lei n. 13.129, de 26.05.2015, introduziu em seu regime jurídico importantes inovações, com destaque para *os princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória* (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único).'

Ela também, de forma categórica, reconhece a contribuição do Código de Processo Civil de 2015 nessa linha evolutiva da arbitragem no país. Neste sentido, ela destaca as mudanças trazidas pelo CPC, como se constata no excerto do voto a seguir:

O Código de Processo Civil de 2015, por seu turno, a par de permitir arbitragem, na forma da lei, como já apontado (Art. 3º, § 1º), preceitua tratar-se de faculdade da parte sua utilização (art. 42); prevê a carta arbitral, para que o Judiciário pratique ou determine o cumprimento, em sua área de competência territorial, pedido de cooperação judiciária formulado por tribunal arbitral (arts. 237, IV e 260, § 3º); impõe ao réu,

Antes de discutir o mérito, apontar a convenção de arbitragem (art. 337, X) e, ao magistrado, o dever de extinguir o processo sem resolução de mérito se “acolher alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência” (art. 485, VII); e, ainda, atribui à sentença arbitral a natureza de título executivo judicial (art. 515, VII).

Outro ponto a ser ressaltado é a posição da ministra em relação à possibilidade da convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração com o interesse público. No seu voto, ela traz diversos ensinamentos, concluindo pela plena concordância de tal convivência:

“De todo o exposto, conclui-se que a Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, não desatende ao interesse público, nem renuncia ao seu

atendimento. Diversamente, ao assim agir, prestigia o princípio da indisponibilidade do interesse público, desdobramento que é do *sobreprincípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. “

Portanto, o brilhante voto condutor do acórdão percorreu várias justificativas, todas no sentido de prestigiar a autonomia da vontade e o princípio da competência/competência.

Registra-se que a cláusula compromissória objeto de debate deste recurso era uma cláusula escalonada conciliação/arbitragem, conforme a transcrição:

“Cláusula Vigésima Nona – Regime Jurídico

Lei Aplicável 29.1 Este contrato será executado, regido e interpretado de acordo com as leis brasileiras, que serão rigorosamente cumpridas pelo Concessionário no exercício dos seus direitos e na execução de suas obrigações aqui previstas.

Foro

29.2 Fica eleito o foro da Cidade do Rio de Janeiro para resolver quaisquer dúvidas, controvérsias, conflitos ou pendências surgidos entre as partes em decorrência da execução ou da interpretação deste Contrato, que não possam ser solucionados de forma amigável ou por meio de arbitragem.

Conciliação

29.3 As Partes emvidarão todos os esforços no sentido de resolver entre si, amigavelmente, toda e qualquer disputa ou controvérsia decorrente deste Contrato ou com ele relacionada. Poderão também, desde que firmem acordo unânime por escrito, recorrer a perito internacional, para dele obter um parecer fundamentado que possa levar à superação da disputa ou controvérsia. 29.3.1 Firmado um acordo para intervenção de perito internacional, nos termos do parágrafo 29.3, o recurso à arbitragem previsto no parágrafo 29.3 somente poderá ser exercido depois que esse perito tiver emitido seu parecer fundamentado.

Arbitragem

29.4 Observado o disposto no parágrafo 29.3.1, se a qualquer momento uma Parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de uma disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 29.3, então essa Parte poderá

submeter essa disputa ou controvérsia a arbitragem, dando início ao processo respectivo, de acordo com os seguintes princípios:

- (a) serão três os árbitros, escolhidos um por cada Parte e o terceiro, que exercerá as funções de presidente, nomeado de acordo com as Regras especificadas na letra (d);
- (b) o lugar da arbitragem será a cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, Brasil;
- (c) o idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa, podendo os árbitros, por unanimidade, aceitar depoimentos ou documentos em outro idioma, sem necessidade de tradução oficial;
- (d) a arbitragem se realizará de acordo com as Regras de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, como em vigor na data de início do procedimento;
- (e) quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras;
- (f) o laudo arbitral será definitivo e obrigará as Partes, podendo ser executado perante”³⁶

Desta feita, temos mais um exemplo de cláusula escalonada devidamente confirmada pelo STJ, demonstrando o prestígio atribuído por essa corte superior ao instituto.

7.4 MANDADO DE SEGURANÇA N° 11.308/DF56³⁷

Diz respeito a um mandado de segurança com pedido de liminar impetrado pela empresa TMC – Terminal Multimodal de Coroa Grande – SPE – S/A em face de decisão administrativa do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, o qual, através de portaria, ratificou uma rescisão de um contrato administrativo de arrendamento procedida pela empresa Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A – Nuclep, sociedade de economia mista.

A impetrante requereu a segurança sob a justificativa de que a autoridade coatora não tinha competência para rescindir o referido pacto, bem como sustentou a infringência de cláusulas contratuais. Contestou com mais afinco a

violação da cláusula que estabelecia que as partes deveriam se submeter ao processo arbitral, no caso do surgimento de controvérsias contratuais.

Foi concedida a liminar e a Fazenda recorreu aduzindo que a sociedade de economia mista não poderia fazer parte de um contrato administrativo de arrendamento que contivesse avença arbitral, pois a arbitragem seria incompatível com o interesse público. O recurso foi improvido. Em seguida, opôs embargos declaratórios utilizando-se novamente dos argumentos acima listados e alegando que a sociedade de economia mista Nuclep, em razão de ser prestadora de serviços públicos, deveria contratar somente com base em regras de regime jurídico de direito público. Portanto, a arbitragem, enquanto instituto de direito privado, não poderia ser aplicada. O recurso em comento não foi acatado.

O Ministro Luiz Fux dirimiu a questão através de uma análise detida da matéria, asseverando que é possível o Poder Público, por meio de sociedade de economia mista, estipular cláusula compromissória em contratos administrativos com particulares. No entanto, ponderou, com base na doutrina, que somente direitos disponíveis podem ser objetos passíveis de submissão a à arbitragem. O relator instruiu seu voto com uma lição sobre interesse público e interesse da administração do professor Celso Antônio Bandeira de Melo:

“(…) Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses, põe-se a nú a circunstância de que não existe coincidência entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público.

41. É que, além de subjetivar estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas,

interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoas. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, ipso facto, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles.

42. Esta distinção a que se acaba de aludir, entre interesses públicos propriamente ditos – isto é, interesses primários do Estado – e interesses secundários (que são os últimos a que se aludiu). é de trânsito corrente e moente na doutrina italiana, e a um ponto tal que, hoje, poucos doutrinadores daquele país se ocupam em explicá-los, limitando-se a fazer-lhes menção, como referência a algo óbvio e geral. Este discrimen, contudo, é expostos com exemplar clareza por Renato Alessi, colacionando lições de Carnelutti e Picardi, ao elucidar que os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.

43. O autor exemplifica anotando que, enquanto mera subjetivação de interesses, à moda de qualquer sujeito, o Estado poderia ter interesse em tributar desmesuradamente os administrados, que assim enriqueceria o Erário, conquanto empobrecesse a Sociedade; que, sob igual ótica, poderia ter interesse em pagar valores ínfimos aos seus servidores, reduzindo-o ao nível de mera subsistência, como quê refratária ao extremo seus dispêndios na matéria; sem embargo, tais interesses não são interesses públicos, pois estes, que lhe assiste

prover, são os de favorecer o bem-estar da Sociedade e de retribuir condignamente os que lhe prestam serviços.

Em razão desta diferenciação, qualquer restrição quanto à viabilidade de sociedades de economia mista se submeterem à arbitragem para solução de conflitos de interesses não seria razoável. Logo, se recusar ou não admitir a submissão referida, no contrato administrativo de cunho comercial, seria agir fora da lei, pois não existe mandamento legal que proíba. Portanto, por se tratar de ajuste comercial de natureza disponível, a arbitragem se apresenta como via apta para a solução da controvérsia.

Sendo assim, não teria lugar a jurisdição estatal, já que previamente havia sido acordado pelas partes a convenção de arbitragem. A partir de então qualquer conflito de natureza disponível deveria ser dirimida pelo juízo arbitral, que se tornará juiz de fato e de direito da causa.

Partindo para a conclusão do voto, o ministro relator suscita a importância da segurança jurídica, ressaltando que se deve

“depositar credibilidade nas leis que regulam os contratos, na legitimidade dos atos do Poder Público e nos contratos que engendra, por isso que, uma vez exurgindo Portaria exarada por Ministro de Estado rescindindo unilateralmente contrato administrativo dependente de compromisso arbitral, há que se anular o ato administrativo inquinado, sob pena de negar-se eficácia ao próprio contrato”

É importante enfatizar que este julgado do Superior Tribunal de Justiça é uma aula sobre a arbitragem nos contratos administrativos. Além disso, passa pelo direito privado e dá lição de como se aplicar os princípios administrativos e constitucionais nos contratos entre o Poder público e os particulares. É brilhante a técnica dispensada na prolação do voto.

7.5 RECURSO ESPECIAL Nº 904.813/PR³⁸

O recurso especial em questão foi interposto pela Companhia Paranaense de Gás Natural – Compagás, que é uma sociedade de economia mista, contra

acórdão do TJPR. No recurso a companhia pleiteou a declaração de nulidade de compromisso arbitral estabelecido com o Consórcio Carioca Passarelli, sob a justificativa principal de que o objeto da controvérsia era indisponível e de direito público. A empresa saiu vencida da ação ordinária, pois o juízo de primeira instância asseverou que o conflito contratual era de caráter eminentemente patrimonial disponível, pois cuidava de recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo. Desta feita, não existia óbice para a submissão da demanda ao processo arbitral.

A Compagás recorreu da sentença, tendo sido negado o provimento pelo TJPR, que confirmou a decisão do juiz de primeiro grau, por entender perfeitamente cabível a utilização da arbitragem na solução dos conflitos surgidos dos contratos administrativos.

No recurso especial propriamente dito, a empresa estatal reiterou a invalidade/ineficácia da avença arbitral, pois, segundo ela, não teria sido previsto no edital da licitação sobre a solução de conflitos por meio de arbitragem. O TJPR negou seguimento ao recurso, tendo sido interposto agravo de instrumento da decisão denegatória, que foi provido destrancando o recurso extraordinário

A decisão da segunda instância acatou a admissão da arbitragem, pois entendeu que o objeto da discussão envolvia direitos disponíveis, sendo possível aplicar regra de regime jurídico de direito privado. Quanto a isto, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, apontou que:

“Especificamente, no âmbito do Poder Público, há ainda a questão da impossibilidade de instituição do juízo arbitral para dirimir determinadas controvérsias que envolvem direitos indisponíveis, sendo necessária, portanto, a atuação da jurisdição estatal, cuja competência será fixada pela cláusula de foro prevista obrigatoriamente nos contratos administrativos.

Esse, contudo, não é o caso dos autos, cujo objeto da arbitragem limita-se à discussão acerca da manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, ou seja, não envolve direitos indisponíveis. Com efeito, a controvérsia

estabelecida entre as partes é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.”

Outro ponto de discussão neste recurso foi sobre a possibilidade de ser celebrado compromisso arbitral mesmo sem ter previsão no edital de licitação ou no contrato administrativo. Tal questão foi enfrentada porque, neste contrato em específico, o compromisso arbitral foi ajustado posteriormente. A questão foi superada, já que a corte superior se posicionou favorável à legalidade do compromisso arbitral posterior. Segundo o STJ, a ausência de previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não infringe o princípio da vinculação das partes ao edital de licitação. Da mesma forma, a submissão ao juízo arbitral não enseja a violação do conteúdo ou as regras do certame.

Por fim, destaca-se que a ministra relatora ponderou que a opção pelo processo arbitral foi decorrente de ato voluntário da Administração. Logo, sugeriu que a impugnação do próprio ato beirava as raias da má-fé. A magistrada também classificou como prejudicial ao interesse público a atitude da administração:

“Preferiram, no entanto, optar pela arbitragem, mediante a celebração do compromisso arbitral, posteriormente impugnado pela recorrente. Observe-se que se tratou de um ato voluntário da administração – concessionária – submeter a controvérsia ao juízo arbitral, renunciando ao juízo estatal. “

Diante destes argumentos, decidiu pela não violação ao art. 41 da Lei de 8.666/93, negando provimento ao recurso especial por esse e outros motivos.

8. Resumo dessa amostragem da recente jurisprudência do STJ

No primeiro julgado, **C/C N° 139.519 – RJ**, a suscitante Petrobrás pleiteou ao STJ a definição da jurisdição que julgaria a questão de fundo do contrato administrativo. A decisão foi favorável a competência da Câmara eleita pelas partes.

Além disto, a ministra relatora deu destaque a possibilidade de convivência harmônica entre o direito patrimonial disponível da Administração

com o interesse público. Cabe destacar a menção ao Código de Processo Civil de 2015, apontado como ponto positivo para a consolidação da arbitragem.

No segundo, o REsp nº 1.436.312 – MG, tratava do conflito entre o IGAM, que é uma Autarquia do Estado de Minas Gerais, e o CONSÓRCIO CONSEL EXPONENCIAL CONEXCON. O ente público atacou o acórdão proferido pelo TJ/MG, alegando ilegalidade da cláusula compromissória presente no contrato administrativo, sob o fundamento de que seria contrário ao interesse público. No entanto, o ministro relator rechaçou tal argumentação, fundamentando, entre outras motivações, na diferenciação entre o interesse público primário e o interesse público secundário. Inclusive, isto está expresso na ementa.

Neste caso, REsp. nº 1.284.633 – PR, a COPEL DISTRIBUIÇÃO S.A

interpôs recurso especial em face de um acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que manteve sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito na primeira instância.

O recurso objetivava a declaração de nulidade das sentenças arbitrais proferidas nos procedimentos 001/2004 e 002/2004, da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas.

O STJ julgou negou provimento ao apelo, prestigiando o caráter vinculatório da convenção de arbitragem e o princípio da competência/competência.

No quarto caso, o MS 11.308/DF, a Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A – Nuclep (sociedade de economia mista) mantinha um contrato administrativo de arrendamento. O Ministro Luiz Fux no seu voto asseverou que as sociedades de economia mista podem celebrar convenções de arbitragem, ressaltando que a restrição a esse tipo de cláusula nos contratos administrativos, de caráter patrimonial disponível, seria o mesmo que criar impedimento não previsto em lei.

No último caso, REsp nº 904.813/PR, diz respeito a conflito envolvendo a Companhia Paranaense de Gás Natural – Compagás, sociedade de economia mista exploradora de serviços de gás canalizado. Uma das principais discussões a ser dirimida era o fato da escolha da arbitragem não ter sido prevista no processo licitatório. A escolha foi definida em um compromisso arbitral, portanto posterior ao certame e fora do contrato administrativo originário.

Ocorre que o STJ entendeu que este diferencial não era motivo de invalidação da avença. Também decidiu que poderia ser aplicado o regime jurídico privado, em razão do objeto da controvérsia ser de interesse disponível. Ademais asseverou que o momento do compromisso arbitral não significava violação ao princípio da vinculação das partes ao edital ou às regras do certame.

Diante dos julgados trazidos, conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento a favor da submissão da Administração Pública à arbitragem.

É possível afirmar que a referida corte já delineou que quando a administração pública estiver no papel de empresária, como nos casos de sociedade de economia mista ou empresa pública, a convenção de arbitragem é perfeitamente cabível.

Além desse, já tem outro entendimento firmado. É o caso de empresa estatal prestadora de serviço público. Nesta hipótese se o conflito a ser levado ao juízo arbitral tratar de interesses patrimoniais disponíveis, não há impedimento.

CONCLUSÃO.

Diante deste estudo, absorve-se que o ordenamento jurídico brasileiro está cada vez mais coadunado com os métodos extrajudiciais de solução de conflitos. Nesse sentido, nos parece que o amadurecimento legislativo e da jurisprudência garantem a segurança jurídica das relações jurídicas que fazem uso de tais métodos. Sendo assim, as cláusulas escalonadas estão em perfeita consonância com o atual cenário jurídico e jurisprudencial.

Nota-se que a referida garantia concedida pelo ordenamento jurídico abrange as relações entre particulares e também os negócios da Administração Pública. Sem dúvidas, a previsão expressa na Lei da arbitragem, fruto da alteração legal do ano de 2015, trouxe o respaldo legal que era esperado. Da mesma forma, ocorreu com a Lei da Mediação, que também prevê a participação do Poder Público na submissão de seus contratos a mediação.

Essa evolução legislativa se associa ao que vinha sendo construído pela jurisprudência, que cuidou do tema de forma técnica, estabelecendo os limites para a submissão dos entes públicos aos métodos extrajudiciais.

Por outro lado, como exposto neste trabalho, diversas leis já indicavam a os métodos extrajudiciais de solução de conflitos para dirimir controvérsias envolvendo o poder público, fato que favorece a consolidação do instituto das cláusulas escalonadas med/arb no Direito brasileiro.

É importante lembrar a grande valia do Superior Tribunal de Justiça na formação de uma jurisprudência consistente em relação à validade dos meios extrajudiciais de solução de conflitos da fazenda pública, deixando isso claro em suas bem elaboradas decisões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LEVY, Fernanda Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

JOLLES, Alexander. "Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement", 72 *ARBITRATION* 4 (2006), p. 329.

Lei de Arbitragem nº 9.307/96 – Uma solução alternativa para os conflitos de ordem jurídica. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2001. p. 127.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito civil*. Vol. III. 6ª Edição. Rio de Janeiro: FREITAS Bastos, 1996. p. 33.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Técnicas de Negociação – Resolução Alternativa de Conflitos: ADRS. Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 85 e 86.

LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. P. 1116 e 124

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à lei n° 9.307/96. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2006. Pág. 55

In: FERRAZ, Rafaella; Muniz, Joaquim de Paiva. (Coord.). *Arbitragem Doméstica e Internacional: estudos em homenagem ao prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 331 e ss.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*, São Paulo: Forense, 2011

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional internacional*, ED. Renovar 2013 RJ

Arnoldo Wald, “O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões”, ed. RT, 1996, pág. 140.

A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. Disponível em: <https://www.studocu.com/pt-br/document/universidade-de-são-paulo/arbitragem-e-poder-publico/outro/grebler-eduardo-a-solucao-de-controversias-em-contratos-de-parceria-publico-privada/7421399/view>. Acesso em 15 junho 2020.

Alessi, Renato. *Principi di diritto amministrativo*, v. I, p. 226-7, Imprenta: Milano, A. Giuffrè, 1974

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007

LOZANO, Juana María Pardo. **La Cláusula de Mediación en el ámbito de la contratación Civil y Mercantil**. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Número 14, Dez. 2016, Universidad de Almeria. Disponible em: <http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1840>. accedido en 06 jul. 2020.

CORDERO ARCE, Gonzalo. Cláusulas Arbitrales en Contratos Internacionales: Aspectos Prácticos. **Rev. chil. derecho**, Santiago , v. 34, n. 1, p. 91- 105, abr. 2007 . Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100006&lng=es&nrm=iso>. accedido en 06 jul. 2020. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000100006>.

Garimella, Sai Ramani and Siddiqui, Nizamuddin Ahmad, The Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Contemporary Judicial Opinion (June 4, 2020). 24 (1) 2016 IIUMLJ 157 – 191. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3619410>. Acesso 05 julho 2020.

Lei 9.472/1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso 21 junho 2020.

Lei 9.472/1997. Dispõe sobre a política energética nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso 21 junho 2020

Lei 10.233/2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm. Acesso em 21 junho 2020

Lei 10.848/2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm. Acesso 21 junho 2020.

Lei 11.909/2009. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11909.htm. Acesso 21 junho 2020

¹LEVY, Fernanda Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

² JOLLES, Alexander. “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, 72 *ARBITRATION* 4 (2006), p. 329.

³ REsp 1284633/PR (decisão monocrática), Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/03/2017, publicado em 16/03/2017.

⁴ *Apud* RICHE, Cristina Ayoub. **Lei de Arbitragem nº 9.307/96 – Uma solução alternativa para os conflitos de ordem jurídica**. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2001. p. 127.

⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito civil*. Vol. III. 6ª Edição. Rio de Janeiro: FREITAS, Bastos, 1996. p. 33.

⁶LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 21 junho 2020.

⁷LEI Nº 13.129, DE 26 DE MAIO DE 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e outra. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#art1. Acesso em: 21 junho 2020.

⁸GARCEZ, José Maria Rossani. *Técnicas de Negociação – Resolução Alternativa de Conflitos: ADRS. Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 85 e 86.

⁹ STJ, REsp 1.656.643/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 12.04.2019.

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à lei nº 9.307/96. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2006. Pág. 55.

¹¹Lei nº 9.307/1996: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

¹²Código Civil, em seu art. 851: “É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

¹³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à lei nº 9.307/96. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2006. Pág.56.

¹⁴ Constituição Federal de 1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

¹⁵ Lei nº 8.666/1993: “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

¹⁶ In: FERRAZ, Rafaella; Muniz, Joaquim de Paiva. (Coord.). Arbitragem Doméstica e Internacional: estudos em homenagem ao prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 331 e ss.

¹⁷SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos, São Paulo: Forense, 2011

¹⁸TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. Direito constitucional internacional, ED. Renovar 2013

¹⁹ CARVALHO, José dos Santos, Junior. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª edição, revista, ampliada e atualizada até 31/12/2014. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. Pág. 1036.

²⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à lei nº 9.307/96. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2006. Pág.65-66

²¹Processo n.º TC 008.217/93-9, Rel. Min. Homero Santos, Decisão 286/93 – Plenário – Ata 29/93, DOU de 4.08.93, pág. 11192.

²²TCU n.º 006.0986/93-2, Rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, Decisão n.º 188/65, DOU de 22.05.95, p. 7.277.

²³Arnoldo Wald, “O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões”, ed. RT, 1996, pág. 140.

²⁴Lei 9.472/1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em 21 junho 2020.

²⁵Lei 9.472/1997. Dispõe sobre a política energética nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em 21 junho 2020.

²⁶ Lei 10.233/2001 Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm. Acesso em 21 junho 2020.

²⁷Lei 10.848/2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm²⁷. Acesso 21 junho 2020

²⁸Lei 11.079/2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso 21 junho 2020

²⁹Lei 11.909/2009. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11909.htm. Acesso 21 junho 2020

³⁰Jurisprudência em teses: Edição nº 122. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAncia%20em%20Teses%20122%20-%20Arbitragem.pdf. Acesso em 20 junho 2020.

³¹REsp 1284633/PR (decisão monocrática), Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/03/2017, publicado em 16/03/2017.

³²**RECURSO ESPECIAL Nº 1.436.312 – MG (2014/0033119-6)** Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/04/2017, publicado em 06/04/2017

³³A diferenciação tem origem na lição de Renato Alessi (Principi di diritto amministrativo, v. I, p. 226-7, 1974): “Questi interessi pubblici, collettive, dei quali l’amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l’interesse dell’Amministrazione intesa come apparato organizzativo autonomo, sibbene quello che è stato chiamato l’interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l’interesse dell’aparato, se può esser concepito un interesse dell’aparato unitariamente considerato, sarebbe semplicemente uno degli interessi secondari che si fanno sentire in seno alla collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l’interesse collettivo primario”.

³⁴LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na Administração Pública. São Paulo: Quartier Latin, 2007

³⁵CC 139519/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017, DJe 10/11/2017

³⁶Modelo de Contrato de Concessão para a Rodada Zero firmado pela ANP com a Petrobras. Disponível em <http://rodadas.anp.gov.br/pt/rodada-zero>. Acesso: em 06 julho de 2020.

³⁷STJ, MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 15.05.2008; STJ, AgRG-MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux,,DJ 14.08.2006; STJ, EDcl-AgRg-MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 30.01.2006.

³⁸REsp 904813/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012

*Mestrando pela Escola Paulista de Direito-EPD; Advogado; Pedagogo; Mediador judicial/extrajudicial.

[← Post anterior](#)

RevistaFT

A RevistaFT é uma **Revista Científica Eletrônica Multidisciplinar Indexada de Alto Impacto e Qualis “B”**. Periodicidade mensal e de acesso livre. Leia gratuitamente todos os artigos e publique o seu também [clikando aqui](#).

Contato

Queremos te ouvir.

WhatsApp: 11 98597-3405

e-Mail: contato@revistaft.com.br

ISSN: 1678-0817

CNPJ: 45.773.558/0001-48



Copyright © Editora Oston Ltda. 1996 - 2022

Rua José Linhares, 134 - Leblon | Rio de Janeiro-RJ | Brasil