

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Débora Moreira Santos

A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Porto Alegre

2014

DÉBORA MOREIRA SANTOS

A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof. Maria Isabel de Azevedo Souza

Porto Alegre

2014

DÉBORA MOREIRA SANTOS

A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Porto Alegre, ____ de _____ de 2014.

Conceito: _____

BANCA EXAMINADORA:

Professora Maria Isabel de Azevedo Souza
Orientadora

Professor(a)

Professor(a)

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a possibilidade de utilização do instituto da arbitragem, comumente utilizado em contratos firmados por empresas privadas, em contratos firmados pela Administração Pública. Primeiramente, analisa-se o conceito de arbitragem e de empresa pública na forma em que se apresentam no ordenamento jurídico brasileiro. Passa-se então à análise dos argumentos favoráveis à utilização da arbitragem pela Administração, para em seguida esquadriarmos o posicionamento contrário à sua utilização e seus respectivos argumentos. Ao longo do trabalho, são analisadas a legislação e a doutrina brasileiras no tocante ao tema, bem como o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União. Ao final, conclui-se que, embora o instituto arbitral ofereça inúmeras vantagens e seja de extrema utilidade no contexto econômico atual, ele não pode ser utilizado pela Administração quando não houver autorização legislativa para tanto, sob a pena de incorrer em ofensa aos princípios constitucionais da Administração, em especial ao princípio da legalidade.

Palavras-Chave: Contratos administrativos. Arbitragem. Empresas públicas. Princípios constitucionais. Legalidade.

ABSTRACT

This paper intends to analyze if it is possible for the Public Administration to use arbitration, which is commonly used by private business, in their contracts. First of all, there is a brief analysis of the concept of arbitration and public company, and the shape that this concepts take in the Brazilian legal system. Then there is an analysis of the favorable arguments to the utilization of the arbitral court by Public Administration, and after that the arguments opposing the use of arbitration are outlined. Throughout the paper, Brazilian legislation and doctrine regarding the subject are examined, as well as the jurisprudential position of the Superior Court of Justice and the Federal Court of Accounts. At the end, it is concluded that, although the arbitration institute offers countless advantages and is extremely useful in the current economic context, it cannot be used by the Public Administration when there is no legislative authorization to do so, otherwise it will incur in a violation of the constitutional principles of the Administration, in particular the principle of legality.

Key-words: Administrative contracts. Arbitration. Public companies. Constitutional principles. Legality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art(s). – Artigo(s)

PPP's – Parcerias Público-Privadas

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 DEFINIÇÕES E CONCEITOS BÁSICOS.....	10
2.1 Conceito de arbitragem e breve abordagem histórica.....	10
2.2 Definição de empresa pública e sociedade de economia mista.....	12
2.3 Panorama geral da controvérsia e dos benefícios da adoção da arbitragem.....	14
3 O POSICIONAMENTO FAVORÁVEL À ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	18
3.1 Legislação favorável.....	18
3.2 Posicionamento favorável na jurisprudência.....	21
3.3 Posicionamento favorável na doutrina.....	28
4 O POSICIONAMENTO CONTRÁRIO À ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	33
4.1 O posicionamento contrário na jurisprudência do Tribunal de Contas da União.....	33
4.2 Da ofensa ao princípio da legalidade.....	39
4.3 Da ofensa ao princípio da publicidade.....	43
4.4 O tratamento concedido aos contratos administrativos pela jurisprudência e sua inadequação aos princípios constitucionais.....	45
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

O instituto da arbitragem pode ser definido, em poucas palavras, como o meio de resolução de conflitos em que duas ou mais partes, através de um acordo de vontades, indicam um terceiro ou um colegiado para decidir o litígio existente entre elas.

A arbitragem mostra-se extremamente útil ao lidarmos com conflitos complexos que resultam de um mundo de rápida troca de informações e de desenvolvimento tecnológico acelerado. A escolha dos árbitros, em muitos casos, é guiada não somente pelo grau de confiança que as partes têm em determinado indivíduo ou colegiado, mas também pelo conhecimento técnico que o árbitro demonstra ter a respeito de determinada área em particular e que seja essencial na resolução do litígio.

Ainda, a arbitragem alçou uma posição elevada como meio internacional de resolução de controvérsias, “pois representa o meio civilizado para a acomodação dos interesses de Estados em conflito.” (CAHALI, 2013, p. 31).

Do ponto de vista das entidades privadas, a arbitragem é a resposta para diversos problemas, permitindo a resolução rápida de seus litígios, ao mesmo tempo em que auxilia no desafogamento do Judiciário, evitando diversas ações judiciais que levariam anos para serem julgadas e que ocasionariam um imenso dispêndio financeiro.

Porém, há uma pergunta que ainda resta sem resposta, e que tem levantado opiniões diversas e contrárias: poderia a Administração Pública, quando no exercício de seu poder de contratar, utilizar-se da jurisdição arbitral como o fazem as empresas privadas?

Recentemente, diversas exceções têm sido abertas, permitindo que a Administração Pública, quando atuando por meio de certos tipos empresariais, possa optar pela arbitragem para a resolução de conflitos nos contratos firmados com outras empresas. Há um movimento crescente de adoção deste método de resolução conflitual, aproveitando-se de brechas na lei e de permissões pontuais, e levantando um debate árduo a respeito da completa abertura do mecanismo de arbitragem para que possa ser utilizado pela Administração como bem lhe aprouver.

Aqueles que apoiam a utilização do juízo arbitral pela Administração Pública levantam argumentos no sentido de que nem sempre a Administração lida com interesses indisponíveis, e que não se poderia afastar a possibilidade de utilização da arbitragem

somente sob o argumento da proteção do interesse público, pois tal expressão não poderia ser utilizada de maneira tão vaga, abrangente e desprovida de sentido¹.

Ainda, os seguidores da corrente supracitada levantam o fato de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STJ) tem se mostrado favorável à utilização da arbitragem por empresas públicas, e que o próprio Tribunal de Contas da União (TCU), antes intransigível nesse ponto, tem mudado seu entendimento a fim de aceitar o juízo arbitral em contratos firmados pela Administração Pública.

Por outro lado, há quem defenda que a utilização da arbitragem pela Administração Pública ofenderia os princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal, em especial o princípio da legalidade e da publicidade.

A afronta ao princípio da legalidade se daria por não haver previsão clara de utilização da arbitragem pela Administração, exceto em alguns casos definidos por leis especiais. Sendo assim, a Administração, mesmo quando atuando como instituição de direito privado, não poderia se valer das mesmas premissas de autonomia da vontade que são válidas para as entidades realmente privadas. Deveria sim atuar dentro aquilo que lhe é expressamente permitido por lei, sem avançar sobre outras áreas às quais não lhe foi dado o acesso.

Com relação ao princípio da publicidade, o mesmo seria ofendido pela confidencialidade do procedimento arbitral.

Ainda, fala-se de como a arbitragem é um mecanismo previsto para tratar de interesses privados, não cabendo em casos em que o interesse público se imponha, ou em que direitos indisponíveis encontrem-se em jogo.

Embora a discussão esteja, hoje em dia, pendendo para o lado favorável à utilização da arbitragem pela Administração Pública, a questão encontra-se ainda bastante atual e delicada. Os contratos firmados pela Administração não podem ser tratados com descaso, uma vez que se trata do próprio Estado atuando na economia, e o conflito entre o tratamento de direito privado e o tratamento de direito público em relação às empresas públicas diz respeito aos próprios princípios constitucionais da Administração Pública sendo testados.

¹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ**. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=5&artigo=731&l=pt>. Acesso em: 25 de junho de 2014.

2 DEFINIÇÕES E CONCEITOS BÁSICOS

2.1 Conceito de arbitragem e breve abordagem histórica

A arbitragem é um meio alternativo de resolução de conflitos, um mecanismo privado de natureza adversarial (ao contrário de outros mecanismos de resolução de controvérsias como a mediação e a conciliação, que buscam construir um ambiente harmônico a fim de que as partes cheguem a um consenso).

Trata-se, enfim, de um mecanismo de resolução de conflitos que busca oferecer uma alternativa ao Judiciário, concedendo certa autonomia às partes para constituírem o árbitro e a forma de resolução do conflito. No entanto, esse instituto só poderá ser aplicado a litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, conforme expressa claramente o artigo 1º da Lei de Arbitragem.

A arbitragem encontra-se presente na história da humanidade desde tempos antigos, tendo sido utilizada por civilizações como a grega e a romana como meios de resolução de litígios privados.

No Brasil, a arbitragem foi introduzida pelos portugueses, que a trouxeram em sua bagagem jurídica², e a inseriram nas Ordenações Manuelinas e Filipinas. Desde então, a arbitragem tem se mantido como instituto permanente no ordenamento jurídico brasileiro.

A arbitragem no Brasil ganhou fôlego novo com a edição da Lei nº 9.307/96, a qual inovou ao conceder independência à jurisdição arbitral³, eximindo a sentença prolatada pelo árbitro da homologação pelo Poder Judiciário. Ainda, tornou vinculante a cláusula compromissória, fazendo com que as partes possam acordar sobre a resolução por meio arbitral de litígios futuros, não cabendo retratação posterior.

A utilização do juízo arbitral traz diversos benefícios às partes, dentre os quais se pode citar a celeridade do procedimento (com a fixação de um termo final para o seu encerramento), a não existência de instância recursal (que opera em prol da economia processual, bem como financeira), a flexibilidade do procedimento, o cumprimento da sentença arbitral por vontade das próprias partes e a confidencialidade⁴.

² SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 27

³ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 88

⁴ *Ibidem*, p. 86-87.

Por muito tempo, discutiu-se a natureza do instituto da arbitragem, havendo disputas entre diversas escolas, cada qual com uma ideia diferenciada sobre o assunto.

A teoria privatista toma a arbitragem como negócio jurídico, considerando-a como mera extensão do acordo firmado entre as partes⁵, afastando todo e qualquer caráter jurisdicional, uma vez que este pertenceria ao Estado. Essa teoria encontrava respaldo quando ainda se fazia necessária a homologação da sentença arbitral pelo Judiciário, ou seja, antes da edição da Lei nº 9.307/96.

A teoria publicista, por sua vez, atribui à arbitragem natureza jurisdicional, sendo que o árbitro receberia seus poderes de resolução de controvérsias não pelas mãos das partes, mas pelo próprio Estado.

A teoria intermediária, ou mista, tem a arbitragem como sendo decorrente de negócio jurídico firmado entre as partes, mas necessariamente inserida em um contexto jurisdicional.

Por fim, a teoria autônoma entende tratar-se a arbitragem de uma jurisdição independente, completamente desvinculada de qualquer outro sistema jurídico⁶. Essa linha de pensamento encontra maior relevância no âmbito internacional, onde a arbitragem é utilizada para resolver conflitos sem uma submissão a um sistema local.

Com a edição da Lei de Arbitragem, no entendimento de Francisco José Cahali, fixou-se como teoria predominante, no sistema jurídico brasileiro, a teoria publicista, ou jurisdicional, uma vez que o referido diploma legal determinou que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos que sentença prolatada pelos órgãos do Judiciário, e, caso seja condenatória, constituirá título executivo⁷. Assim, o árbitro recebeu a qualidade de “juiz de fato e de direito”, exceto pelos poderes de *coertio* e *executio*.

Nas palavras do autor⁸:

A jurisdição, então, impõe-se, quer seja ela exercida pelo Estado, quer na arbitragem. Assim, o árbitro estará investido de jurisdição ao caso que lhe for apresentado pelos interessados. E sua decisão obriga as partes mesmo diante da solução contrária aos interesses ou expectativas. O árbitro exerce, sem dúvida, ação cognitiva na atividade julgadora, no sentido de reconhecer e aplicar o direito ao caso concreto. Os argumentos trazidos pelas partes são avaliados de acordo com todo o contexto probatório, e, com base nestes elementos, analisadas as questões de fato e de direito, obedecidas as regras de direito material e processual, promove-se o

⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 93

⁶ *Ibidem*, pg. 94

⁷ BRASIL. Lei nº 9307 de 23 de setembro de 1996, art. 31.

⁸ CAHALI, *op. cit.*, p. 96-97

juízo do litígio, tal qual se faz no Judiciário, ensejando em uma e outra hipótese a coisa julgada.

O que se contém no julgamento torna-se obrigatório e vinculante às partes, impondo a submissão ao comando contido na decisão. Apesar de sua efetivação, conforme o caso, se buscar perante o Judiciário, a obrigatoriedade existe às partes; apenas se transfere a execução da obrigação descumprida.

.....
 Diferem jurisdição estatal e arbitral na medida que na primeira, oferecida pelo Estado, está à disposição de qualquer interessado, e uma vez provocada, exige submissão daquele em face de quem é apresentada. Na segunda, as partes, livremente, escolhem submeter o litígio ao árbitro. Desta forma, quem atribui ao árbitro a autoridade para a solução da controvérsia são as próprias partes em conflito.

.....
 A jurisdição estatal é atributo do Estado, e de livre acesso a qualquer interessado. A jurisdição arbitral é outorgada por lei in abstracto, e atribuída in concreto ao árbitro pelas partes que assim quiseram.

2.2 Definição de empresa pública

Segundo Di Pietro⁹, a Administração Pública, considerada em seu sentido subjetivo, abrange todos os entes aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa.

Assim, os sujeitos que exercem a atividade administrativa são os órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (os entes federativos), os quais constituem a Administração Direta, bem como pessoas jurídicas de direito público ou privado, às quais a lei atribui o exercício da função administrativa, as quais constituem a Administração Indireta.

A legislação brasileira elencou os entes que constituem a Administração Pública em sentido subjetivo no Decreto-lei nº 200/67, em seu artigo 4º (com redação dada pela Lei nº 7.596/87):

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas.

Esses entes da Administração Indireta são aqueles criados quando o Poder Público, por meio de lei, descentraliza suas competências administrativas, criando pessoas jurídicas públicas e atribuindo-lhes a execução e a titularidade de determinado serviço público.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 58

Pode a Administração ainda descentralizar por colaboração, quando, por meio de contrato ou ato administrativo unilateral, transfere a execução de um determinado serviço público a uma pessoa jurídica de direito privado já existente, reservando o Estado para si a titularidade do referido serviço. Esse tipo de descentralização pode ser feito através de concessão, permissão ou autorização.

Ainda, o Estado pode atuar além dos serviços públicos, intervindo diretamente na atividade econômica que seria do ramo da iniciativa privada. Nesse sentido, assim refere Di Pietro¹⁰:

Nesse caso, não se trata de atividade assumida pelo Estado como serviço público; é atividade tipicamente privada que o Estado exerce em regime de monopólio (nos casos indicados no art. 177 da Constituição) ou em regime de competição com a iniciativa privada, conforme o determine o interesse público ou razões de segurança (art. 173). O Estado exerce essa atividade a título de intervenção no domínio econômico, conservando a natureza da atividade como tipicamente privada; por isso mesmo, ele se submete às normas de direito privado que não forem expressamente derogadas pela Constituição.

Di Pietro, ao referir-se às empresas estatais, menciona que as mesmas dividem-se em duas modalidades. A primeira diz respeito àquelas que desempenham atividade econômica com base no artigo 173 da Constituição Federal e que se submetem ao regime próprio das empresas privadas, enquanto a segunda modalidade refere-se às empresas estatais que desempenham serviços públicos e que se submetem ao artigo 175 da Constituição Federal.

As empresas públicas são englobadas pelo conceito amplo de empresas estatais, sendo pessoas jurídicas de direito privado cujo capital é inteiramente público, havendo possibilidade de participação das entidades da Administração Indireta, podendo ser organizadas sob qualquer das formas admitidas pelo direito.

As sociedades de economia mista também são subtipos de empresas estatais, e possuem alguns traços em comum com as empresas públicas. Di Pietro¹¹ destaca-os como sendo a criação e extinção por autorização legal, a personalidade jurídica de direito privado, a sujeição ao controle do Estado, a derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público, a vinculação aos fins definidos pela lei que as instituiu e o desempenho de atividade de natureza econômica (seja a título de intervenção do Estado no domínio econômico, seja como serviço público assumido pelo Estado).

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 474.

¹¹ *Ibidem*, p. 503

As sociedades de economia mista e as empresas públicas possuem traços diferenciados no tocante à forma de organização (as sociedades de economia mista só podem ser estruturadas como sociedades anônimas, enquanto as empresas públicas podem ser estruturadas sob qualquer das formas admitidas pelo direito) e à composição do capital (a sociedade de economia mista é constituída por capital público e privado, enquanto a empresa pública é constituída somente por capital público).

2.3 Panorama geral da controvérsia e dos benefícios da adoção da arbitragem

A defesa da utilização da arbitragem por empresas públicas já tem uma longa história em nosso ordenamento jurídico. Embora encontrando no início óbice por parte do Tribunal de Contas da União (como se pode ver nos acórdãos de número 584/2003 e 537/2006, a serem analisados mais adiante), o Superior Tribunal de Justiça deu o seu apoio para a utilização do procedimento, ainda que não esteja presente a expressa autorização legislativa para tanto.

A ideia de que deva ser permitido às empresas públicas e congêneres a utilização do procedimento arbitral está intimamente ligada com o pensamento de que a justiça exercida pelo Estado não tem conseguido mostrar-se suficiente a fim de regular todos os conflitos que emergem na sociedade. A enorme quantidade de demandas e a complexidade das mesmas tem levado a uma morosidade por parte do sistema judiciário, prejudicando aqueles que se valem da jurisdição estatal a fim de alcançarem seus direitos.

Nesse sentido, a arbitragem mostrar-se-ia como um meio eficaz e célere de resolução de conflitos, desafogando o Poder Judiciário e constituindo um procedimento onde as partes possuiriam maior autonomia, determinando os atos a serem praticados e a própria figura do árbitro.

Ainda, no sentido de trazer uma nova luz sobre o instituto da arbitragem como uma “tábua de salvação” para os conflitos, se tem que as partes estariam mais dispostas a cumprir com o que fosse decidido por meio de sentença arbitral, uma vez que o árbitro teria sido instituído por meio de acordo firmado entre elas, tornando mais difícil a parte condenada negar-se a cumprir a sentença.

A ausência de uma instância recursal também aponta na direção de uma finalização rápida da controvérsia, sem que as partes continuem prolongando a discussão com recursos sobre recursos, sendo a sentença prolatada pelo árbitro a palavra final.

Cabe ressaltar que, com o desenvolvimento tecnológico em crescente expansão e a busca infindável por conhecimento, os ramos do saber têm se tornado cada vez mais específicos, exigindo dos indivíduos atuantes em cada área um aprofundamento e uma especialização sem precedentes. O juiz que vier a ter em suas mãos um conflito por demais detalhado e complexo, sem possuir o conhecimento necessário para entender a controvérsia ou conduzi-la pelo melhor caminho, acabará ocasionando uma demora exagerada na solução da lide, a qual poderia ter sido rapidamente determinada por um especialista naquela determinada matéria.

Isto posto, a arbitragem seria o meio ideal de resolução de um caso nesses moldes, pois o árbitro escolhido pelas partes, em geral, é um estudioso do tema, conhecedor dos detalhes envolvendo a causa, e que poderá, além de resolver a situação com maior desenvoltura, trabalhá-la no sentido de uma melhor resolução.

Nesse sentido, Flavio Hiroshi Kubota¹²:

A concepção de monopólio da justiça exercido pelo Estado vem demonstrando ser insuficiente para enfrentar as questões que surgem diante da realidade que se apresenta, de crescente desenvolvimento tecnológico, da revolução dos meios de comunicação e da velocidade de geração de informações em todos os ramos de conhecimento e segmentos de atividade humana, resultando em incremento da complexidade das relações existentes na sociedade contemporânea.

Diante dessa realidade, não nos parece recomendável que a jurisdição estatal continue a assumir, sozinho (sic), a responsabilidade sobre interesses disponíveis do Estado, resultante de situações em que a Administração nitidamente não atue como Poder Público, insuscetíveis de transação.

Ademais, há diversas situações em que além de conhecimentos jurídicos da matéria a ser julgada, torna-se imprescindível que o julgador adentre na análise de questões técnicas, nas quais apenas o conhecimento jurídico demonstra ser insuficiente para o adequado julgamento do mérito da causa. Neste sentido, a aplicação do instituto da arbitragem resulta como consequência natural do processo de especialização, em razão da complexidade das relações existentes na sociedade contemporânea.

Logo, esse conceito tradicional de monopólio estatal da justiça chegou à situação em que a própria efetividade e eficiência estatal no exercício da jurisdição encontra-se comprometida.

Ainda, coadunando com essa linha de pensamento, temos que, em seu artigo “Arbitragem e Regulação”, os autores Helena Caetano de Araújo e José Cláudio Linhares Pires¹³ mencionam a transformação da economia mundial como um dos fatores de aceleração do crescimento tecnológico e a conseqüente insuficiência do Judiciário estatal para a resolução de conflitos.

¹² KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Análise acerca da utilização do instituto da arbitragem pela administração pública e em parcerias público-privadas**. Revista da AGU, Brasília, ano IV, número 7, agosto de 2005. p. 131

¹³ ARAÚJO, Helena Caetano de; PIRES, José Cláudio Linhares. **Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, número 5, setembro/outubro de 2000. p. 14

Acrescentem-se às transformações estruturais da economia do país as próprias transformações operadas na economia mundial, fruto dos avanços tecnológicos que imprimem um ritmo cada vez mais acelerado para as tomadas de decisões e soluções de controvérsias, sem esquecer que, por mais paradoxal que possa parecer, aumentaram as exigências de maior especialização sobre uma quantidade sempre crescente de temas novos que precisam ser abordados e solucionados.

Em que pese ao ritmo dinâmico da nova economia, a grande maioria dos conflitos pode ser solucionada mediante a aplicação das regras de direito já existentes. A legislação brasileira pode ser utilizada em diversas controvérsias geradas nas novas formas de relação de consumo e comércio em geral. Porém, um conjunto de controvérsias encontra cada vez mais dificuldades de ser apaziguado pela tradicional tutela estatal, em função da celeridade, do grau de conhecimento e do nível de especialização requeridos sobre o assunto, por parte de quem solucionará o conflito. Como bem observado por Reale (1999), “tornam cada vez mais inseguros os julgamentos proferidos por juízes togados, por mais que estes, com a maior responsabilidade ética e cultural, procurem se inteirar dos valores técnicos em jogo”. Em função da especificidade dos serviços públicos, estes setores são os maiores geradores dessa modalidade de controvérsias. Isto se explica pelo uso intensivo de novas tecnologias, pelas iniciativas de introdução de concorrência entre empresas e pelo número de agentes privados que atuam no setor.

Assim posto, a ideia de transferir a resolução de conflitos do Estado envolvendo direitos disponíveis ao procedimento arbitral é tida como um meio de escape do tráfego intenso da jurisdição estatal e de melhoria do atendimento das demandas.

No caso, nas ações em que o Estado estivesse envolvido como empresa, não no uso de seu poder de império, mas tratando de direitos disponíveis, passíveis de transação, a arbitragem seria uma medida possível e recomendável.

Empresas públicas, sociedades de economia mista e outros tipos regidos pelo direito privado, quando envolvidas em relações jurídicas tipicamente privadas, poderiam escolher pela resolução de conflitos pelo meio arbitral não de forma a prejudicar o interesse público, mas a fim de auferir um melhor resultado.

Ainda nas palavras de Kubota¹⁴:

[...] distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência, havendo, inclusive, o interesse público de compor os conflitos de interesse.

[...] A empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias, submetidas ao regime jurídico de direito privado, conforme o artigo 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal (exs.: vide artigo 5º, incisos II e III, do Decreto-lei nº 200/67 e artigo 235 da Lei nº 6.404/76), celebram contratos regidos pelo direito privado, podendo firmar, validamente, compromisso arbitral, ficando dessa forma obrigadas ao juízo arbitral, por serem tais cláusulas juridicamente válidas.

¹⁴ KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Análise acerca da utilização do instituto da arbitragem pela administração pública e em parcerias público-privadas.** Revista da AGU, Brasília, ano IV, número 7, agosto de 2005. p. 135

Helena Caetano de Araújo e José Cláudio Linhares Pires¹⁵ mencionam a controvérsia a respeito da aplicabilidade ou não da Lei de Arbitragem em contratos que tratam de “direitos patrimoniais indisponíveis” (os quais são definidos no artigo como sendo aqueles cuja indisponibilidade deriva da própria natureza do patrimônio público, o qual se encontra presente na maioria dos contratos firmados pela administração pública com entes privados).

Para os autores¹⁶, a discussão a respeito da aplicabilidade da arbitragem tomou corpo com a mudança estrutural ocorrida no sistema brasileiro nas últimas décadas, com a crescente privatização (transferência da operação de serviços públicos para a iniciativa privada), que teve como alvo a redução da dívida pública e a atrair capital estrangeiro a fim de recuperar a credibilidade no cenário econômico internacional.

O fato é que o papel desempenhado pelo Estado teria mudado, ao deixar de intervir diretamente nas atividades econômicas e assumir a função fiscalizatória e regulatória dessas atividades, as quais passaram a ser executadas pela iniciativa privada por meio de contratos de concessão.

A Lei de Arbitragem, editada em 1996, foi, em grande parte, um catalisador dessa corrente pró-arbitragem no ramo do direito público. Seu artigo 1º, o qual delineia as pessoas que poderão fazer uso da arbitragem¹⁷, não excluiu a Administração Pública, sendo tomado como uma abertura para que os entes administrativos indiretos fizessem uso do instituto.

¹⁵ ARAÚJO, Helena Caetano de; PIRES, José Cláudio Linhares. **Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, número 5, setembro/outubro de 2000. p. 14

¹⁶ *Ibidem*, p. 9

¹⁷ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

3 O POSICIONAMENTO FAVORÁVEL À ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 Legislação favorável

O sistema normativo brasileiro ainda não possui uma autorização ampla e expressa da utilização da arbitragem pela Administração Pública em seus contratos, mas diversas leis específicas têm sido editadas, permitindo que algumas tipos da Administração indireta possam valer-se do instituto.

Antes de citá-los, vale lembrar que a Lei de Arbitragem, em seu artigo 1º, como já falamos anteriormente, não mencionou restrição alguma à utilização do procedimento arbitral em contratos administrativos, o que levou muitos autores a tomarem essa brecha na legislação como uma autorização implícita.

Analisando detalhadamente os termos do artigo supracitado, vemos que o seu elemento subjetivo se limita às “pessoas capazes de contratar”. Isto posto, não há como referirmo-nos à Administração como estando excluída dessa expressão abrangente.

O elemento que porventura poderia ser levantado como limitador encontrar-se-ia na qualificação dos litígios que podem ser dirimidos por meio do procedimento arbitral, quais sejam, aqueles “relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. No entanto, como já foi visto, a doutrina tem verificado que a Administração, muitas vezes, na busca pela realização do interesse público primário, precisará dispor de certos direitos patrimoniais, e que os mesmos não podem ser considerados indisponíveis somente por estarem de certa forma conectados a um ente administrativo.

A partir da edição da Lei de Arbitragem, em 1996, outras leis mais específicas passaram a brotar.

Primeiramente, mencionamos aqui a Lei nº 11.079/04, a qual dispôs sobre “normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”. A Lei das Parcerias Público Privadas (PPP’s) dispôs, em seu artigo 11, inciso III, o que segue:

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 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.

A previsão expressa de possibilidade de utilização da arbitragem pelas Parcerias Público-Privadas abriu um universo novo de possibilidades, facilitando a resolução de conflitos por meio de um procedimento célere.

Kubota¹⁸ manifesta-se favoravelmente à modificação introduzida por esse dispositivo legal:

Vem ganhando terreno no cenário brasileiro esse tipo de parceria, sendo muito bem-vindo e praticamente indispensável o investimento privado, muitas vezes internacional, em diversos setores da economia nacional, como gás e petróleo, energia elétrica, estradas, ferrovias, telecomunicações etc. Nos setores de telecomunicações e de gás e petróleo, por exemplo, vêm sendo adotada a arbitragem nos contratos de concessão, para solução de conflitos surgidos entre o Poder Concedente e os agentes delegados (concessionários, permissionários e autorizados), bem como estes últimos entre si, no âmbito de suas atividades e relações contratuais (ex.: compartilhamento de infraestrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e gás e petróleo).

Em termos fáticos, é certo que os conflitos oriundos desses contratos entre entes públicos e empresas privadas dizem respeito a questões pecuniárias. Não afrontam a soberania do Estado ou qualquer outro interesse público relevante. Muitos desses contratos tratam de obrigações regradas pelo Direito Privado.

Portanto, interessa não só ao setor privado, mas principalmente ao setor público, a existência de um meio rápido e eficaz de resolução de conflitos, de forma que os contratos de parcerias público-privadas possam ser considerados sérios, atraindo a confiança de investidores privados, nacionais e estrangeiros, com a captação de substancial volume de investimentos, e reduzindo o custo da obra para o Estado. É por isso que em termos comerciais, há uma expectativa muito grande pela ampla utilização do instituto da arbitragem nos contratos nos quais as empresas públicas se relacionam com as privadas.

Essa permissão concedida pela Lei das PPP's também foi estendida às concessões em geral, como podemos ver pelo artigo 23-A da Lei nº 8.987/95, o qual foi introduzido pelo artigo 120 da Lei nº 11.196/05. Sua redação, praticamente idêntica ao do artigo da Lei das PPP's, prevê que “o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307 [...]”.

Igualmente, verifica-se na Lei nº 10.848/04 a permissão de utilização da arbitragem em contratos que tenham por objeto o fornecimento de energia. Restou disposto nos seguintes termos:

Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do

¹⁸ KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Análise acerca da utilização do instituto da arbitragem pela administração pública e em parcerias público-privadas.** Revista da AGU, Brasília, ano IV, número 7, agosto de 2005. p. 136

Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei.

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

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

§ 7º Consideram-se disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE.

Vê-se que o diploma legal não se limitou apenas a permitir o uso da arbitragem pelas empresas vinculadas à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), mas também delimitou o âmbito de abrangência desta permissão, referindo-se aos “créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE”. Ou seja, a lei deixou claro que a permissão se refere somente a direitos patrimoniais e, conseqüentemente, disponíveis.

Novamente nos remetemos à Helena Caetano de Araújo e José Cláudio Linhares Pires¹⁹, quando os mesmos tratam da questão legislativa na permissão do uso da arbitragem pela Administração Pública. Segundo eles, o problema maior seria a questão da indisponibilidade do bem público, uma vez que no procedimento arbitral pode ocorrer que a decisão proferida venha a restringir ou suprimir direitos de uma ou de ambas as partes. Sendo assim, o entendimento principal seria no sentido de que a atuação da Administração Pública seria sujeita à prévia autorização legal para transigir, de acordo²⁰ com o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.784/99.

Os autores referem-se à autorização contida na Lei de Concessões e outras leis específicas de criação de agências, a qual, mesmo sendo genérica, poderia ser invocada pela Administração Pública a fim de utilizar-se do instituto da arbitragem.

¹⁹ ARAÚJO, Helena Caetano de; PIRES, José Cláudio Linhares. **Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, número 5, setembro/outubro de 2000. p. 15

²⁰ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

.....
 II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; (...)”

Todas essas permissões, sejam elas específicas ou genéricas, tem aberto caminho à utilização livre da arbitragem pela administração pública, servindo de respaldo para as decisões favoráveis à adoção do procedimento arbitral em contratos administrativos.

Nesse sentido²¹:

A possibilidade conferida por lei para adoção da arbitragem como forma de solução de conflitos, nesse passo, indica o sentido da evolução do direito administrativo brasileiro como favorável à solução célere e eficaz de conflitos pela via consensual. Isso, aliás, com clara flexibilização do rigor do princípio da indisponibilidade do interesse público na versão da doutrina clássica. Com isso, rompe-se com a visão estreita da relação de verticalidade entre a Administração Pública e os particulares de modo a acolher a existência de relações jurídicas horizontais.

Se em outros tempos a atuação do Estado em igualdade de condições com o particular era inconcebível, à luz da interpretação dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, tal não ocorre nos dias atuais, em que a existência de prerrogativas especiais do Estado em face do particular somente se faz legítima nos casos em que há justa razão para tanto.

3.2 Posicionamento favorável na jurisprudência

A jurisprudência do STJ, com o tempo, passou a inclinar-se no sentido de considerar válida cláusula arbitral constante de contratos firmados por empresas públicas.

Como exemplo, cita-se o Recurso Especial nº 612.439/RS, julgado em 25 de outubro de 2005. No caso, tratava-se de um contrato firmado entre a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE) e a AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. A CEEE ajuizou ação ordinária condenatória contra a AES em vista de descumprimento contratual. A AES, por sua vez, em sede de contestação, alegou a existência de cláusula compromissória, a qual convencionava a formação de juízo arbitral na hipótese de conflitos, e requereu a extinção do processo sem resolução do mérito.

A preliminar levantada pela AES foi rejeitada pela magistrada em primeira instância, sob o entendimento de que a CEEE, enquanto empresa prestadora de serviço público essencial, não poderia “abrir mão do devido processo legal para dirimir eventuais conflitos concernentes ao serviço público por ela prestado”.

A AES interpôs Recurso Especial, alegando, entre outras coisas, a obrigatoriedade da cláusula compromissória, e que o acórdão recorrido teria ofendido os artigos 3º, 4º, 7º, 8º e 20 da Lei 9.307/96 e o artigo 267, VII do Código de Processo Civil.

O voto do relator guiou-se no sentido de que a sociedade de economia mista, enquanto pessoa jurídica de direito privado, poderia convencionar cláusula compromissória e ser por ela

²¹ NOGUEIRA, Erico Ferrari. **A arbitragem e sua utilização na administração pública**. Revista da AGU, Brasília, ano VIII, número 21, julho/setembro de 2009. p. 134

obrigada, sem a necessidade de autorização expressa do Poder Legislativo. No entanto, isso se daria somente no tocante aos contratos celebrados em que não estivesse envolvido interesse público primário.

Cabe aqui transcrever trecho do voto do ministro relator João Otávio de Noronha²²:

A sociedade de economia mista é uma pessoa jurídica de direito privado, com participação do Poder Público e de particulares em seu capital e em sua administração, para a realização de atividade econômica ou serviço público outorgado pelo Estado. Possuem a forma de empresa privada, admitem lucro e regem-se pelas normas das sociedades mercantis, especificamente pela Lei das Sociedades Anônimas – Lei n. 6.404/76.

É certo que a Emenda Constitucional n. 19/98 previu a edição, por lei, de estatuto jurídico para as sociedades de economia mista exploradora de atividade econômica (CF, art. 173), com vistas a assegurar sua fiscalização pelo Estado e pela sociedade, bem como sua sujeição aos princípios norteadores da Administração Pública. Isso não representa, entretanto, o engessamento dessas empresas no que diz respeito à possibilidade de se utilizarem dos mecanismos de gerência e administração próprios da iniciativa privada, direcionados para o pleno desenvolvimento de suas atividades comerciais, mormente diante do teor do art. 173, § 1º, I, da CF, que reconhece a sujeição da sociedade de economia mista e de sua subsidiárias "ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias", e do disposto no art. 235 da Lei das S.A.

Sob essa perspectiva, submetida a sociedade de economia mista ao regime jurídico de direito privado e celebrando contratos situados nesta seara jurídica, não parece haver dúvida quanto à validade de cláusula compromissória por ela convencionada, sendo despicienda a necessidade de autorização do Poder Legislativo a referendar tal procedimento.

Em outras palavras, pode-se afirmar que, 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. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei n. 9.307/96 – estatui que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem.

A propósito, vem à baila a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 4a ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 22), que define interesse público primário como aquele "que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem comum o interesse de todos".

Vê-se que o Relator indicou como contratos referentes a interesses disponíveis aqueles que versam sobre matéria puramente econômica, abrangendo aqueles constituídos em função de serviço público de natureza econômica ou atividade econômica em sentido estrito, afastando a possibilidade de utilização de cláusula compromissória em contratos envolvendo

²² RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 612.439, Relator Ministro João Otávio de Noronha, 2005. p. 7-9

o denominado interesse público primário, decorrentes da atuação da Administração Pública no uso de seu poder de império.

O julgamento do REsp nº 612.439/RS resultou na confirmação por unanimidade do voto do relator.

Mais tarde, o posicionamento acima detalhado foi reiterado em outro Recurso Especial envolvendo as mesmas partes (REsp nº 606.345/RS), julgado em 17 de maio de 2007.

Um entendimento semelhante pode ser encontrado no Agravo Regimental em Mandado de Segurança de nº 11.308-DF, também julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. No caso, tratou-se de mandado de segurança impetrado pela empresa TMC – Terminal Multimodal de Coroa Grande – SPE- S.A., contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, que publicou a Portaria Ministerial nº 782/05, anuindo com a rescisão contratual procedida pela empresa Nuclebrás Equipamentos Pesados S.A.

A impetrante fundamentou seu pedido na existência de cláusulas existentes no Contrato de Arrendamento para Administração, Exploração e Operação do Terminal Portuário de Área Retroportuária (Complexo Portuário), de 1997, as quais previam o recurso ao procedimento arbitral antes do ingresso em juízo.

A decisão monocrática impugnada por meio do Agravo Regimental analisou a limitação jurídica no que diz respeito à “possibilidade do Poder Público, por meio de sociedade de economia mista, [...], estipular cláusula compromissória em contratos administrativos com particulares (empresa TMC)”, em especial por se tratar de uso de área pública portuária, a ser explorado e administrado por particular.

Citando artigo do ex-ministro Eros Grau, o juízo monocrático expôs sua posição de que os direitos públicos que seriam sindicáveis na via arbitral seriam aqueles conhecidos por disponíveis, uma vez que teriam natureza contratual ou privada.

O juízo faz a distinção entre o interesse público propriamente dito e o interesse dito secundário, que seria o que a Administração teria em vista quando procurasse, por exemplo, “evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar seus prejuízos patrimoniais [...], engendrando locupletamento à custa do dano alheio”.

Aqui, o julgado faz menção ao entendimento já assente na doutrina da indisponibilidade inequívoca do interesse público, que não se estende ao interesse próprio da Administração Pública.

A fim de fortalecer essa ideia, o julgado faz menção a trecho de obra do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, no que segue:

[...] 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 *lehe (sic)* 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 extra-jurídico), 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, aso 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 *díscrimen*, 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 desmensuradamente 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 refrearia ao extremo seus dispêndios na matéria; sem embargo, tais interesses não são interesses públicos, pois estes, que *lehe* assiste prover, são os de favorecer o bem-estar da Sociedade e de retribuir condignamente os que *lehe* prestam serviços.

Com essas considerações, o julgado tece uma linha divisória entre os direitos patrimoniais disponíveis e a indisponibilidade do interesse público, entendendo que, para a promoção do interesse público primário, a Administração se verá na necessidade de dispor de determinados direitos patrimoniais, em nome do bem coletivo. Tal situação justificaria a convenção de cláusula de arbitragem no bojo de contrato administrativo, e é uma ideia bastante difundida na doutrina, como veremos mais adiante.

O acórdão considera igualmente o que se encontra disposto no artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal²³, como sendo uma autorização para que as sociedades de economia mista se utilizem da cláusula de arbitragem, uma vez que se sujeitam ao regime próprio das empresas privadas, não havendo qualquer restrição nesse sentido:

Ainda que as sociedades de economia mista estejam inseridas na órbita da Administração Pública Indireta, é bem verdade que suas atividades restam disciplinadas, majoritariamente, pela disciplina negocial das empresas privadas, como por exemplo a penhorabilidade dos seus bens, aplicando-se-lhes o direito público apenas subsidiariamente, naquilo que não for incompatível com o seu regime privado, como aos princípios insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal. Assim, evitar que em um contrato administrativo, firmado entre partes de natureza comercial estipule-se cláusula arbitral é restringir aonde a lei não o fez. Portanto, nenhum regime jurídico aplicável à sociedade de economia mista (exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviços públicos) será idêntico ao regime jurídico das pessoas de direito público (a Fazenda Pública).

Após detalhada análise, o julgado se posicionou definitivamente pelo cabimento da arbitragem no caso, afirmando que “não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado ou a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante”.

No REsp nº 904.813/PR, o STJ foi ainda mais longe, a ponto de entender válida uma cláusula arbitral inserida tardiamente em um contrato, sendo que essa não se encontrava prevista no edital.

O recurso foi interposto pela Companhia Paranaense de Gás Natural – COMPAGAS, apontando violação a diversos dispositivos da Lei 8.666/1993, em face da “falta de previsão no certame licitatório acerca da solução de conflitos por meio de arbitragem”, sendo que o foro da Comarca de Curitiba seria competente para dirimir eventuais conflitos. Alegou ainda a ofensa a dispositivos da Lei de Arbitragem, por ter o acórdão recorrido considerado válido e eficaz o compromisso arbitral, ainda que o mesmo não tivesse objeto determinado, e fez mais algumas observações que não compete aqui analisar.

Em seu voto, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, reporta-se aos argumentos trazidos pela recorrente, de que o reconhecimento da possibilidade de as partes submeterem seus conflitos ao juízo arbitral, quando tal não se encontrava previsto no edital de licitação, violaria

²³ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

.....
II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;”

o artigo 41 da Lei 8.666/1993, onde se lê: “Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

A recorrente teria observado também que, existindo previsão legal para a adoção da arbitragem, a mesma poderia ser utilizada como instrumento de resolução de conflitos. Entretanto, quando o edital, ou o contrato, ou a lei, não dispuserem nada a esse respeito, o conflito deveria ser obrigatoriamente submetido ao Poder Judiciário.

O acórdão recorrido concluiu pela admissibilidade da realização de compromisso arbitral em contratos administrativos, “tendo em vista a disponibilidade dos interesses envolvidos e o regime jurídico do direito privado aplicável à hipótese”.

A Ministra refere a posição atual da doutrina e da jurisprudência no sentido de que “não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, [...] admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos”. Ela ressalta a maior celeridade e especialidade da arbitragem em relação ao Poder Judiciário, e cita Themístocles Brandão, o qual afirma que a administração realizaria muito melhor seus fins e sua tarefa ao convocar as partes que com ela contratarem para resolver seus conflitos perante um juízo arbitral. O autor considerou a demora do processo administrativo, e que submeter as partes ao mesmo seria denegar-lhes seu direito.

Citando Arnold Wald e André Serrão, a Ministra cita trecho em que os autores consideram que “o acesso à segurança jurídica, à celeridade e a especialização técnica de um tribunal arbitral podem constituir um interesse público primário”, e que a indisponibilidade desse interesse seria uma exigência a que a Administração se utilizasse da arbitragem.

Enfatizando seu próprio entendimento favorável à arbitragem na solução de conflitos envolvendo sociedades de economia mista, a Ministra citou precedentes do STJ nesse sentido.

Ao tratar do ponto nevrálgico da questão (ou seja, a falta de previsão de cláusula arbitral no edital licitatório), a Relatora entendeu que “o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes, não invalida o compromisso firmado posteriormente”.

Em seu voto, a Ministra estabelece que o princípio da vinculação das partes ao edital de licitação teria por finalidade principal estabelecer as regras do certame, a fim de que os participantes tenham o conhecimento prévio do objeto em disputa, estabelecendo um patamar igual a todos a fim de que o oferecimento e análise das propostas se dê de maneira justa. O propósito principal desse princípio, portanto, seria garantir a lisura da licitação.

A Relatora entendeu que não há como se dizer que a licitação teria resultado diferente caso fosse ou não determinado foro para resolução de controvérsias, e que a previsão do juízo arbitral para a solução de um determinado conflito, ao invés do foro da sede da administração, não atentaria contra o conteúdo ou as regras do certame. Ainda, entendeu que a cláusula de foro e o juízo arbitral poderiam conviver harmonicamente, uma vez que possuem áreas de aplicação distintas.

Quanto à impossibilidade de utilização da arbitragem no caso, a Relatora a afastou, constatando que o objeto da arbitragem se limitaria à discussão sobre a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, não envolvendo quaisquer direitos indisponíveis.

Pondo em realce a atitude voluntária da Administração na celebração do compromisso arbitral, a relatora comenta que poder-se-ia “dizer que a atitude posterior da recorrente, de impugnar seu próprio ato, beira às raias da má-fé, além de ser evidentemente prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere”.

Em suas palavras:

Em suma, assim como a concessionária recorrente teria autonomia para resolver a controvérsia relativa ao equilíbrio econômico financeiro do contrato celebrado com a recorrida sem precisar de autorização legislativa ou de recorrer ao Poder Judiciário, haja vista a disponibilidade dos interesses envolvidos, ela também tem autonomia para eleger um árbitro que solucione a controvérsia.

Por fim, considera que, firmado o compromisso arbitral e determinado seu objeto, as demais controvérsias existentes entre os contratantes, bem como medidas de urgência ou de caráter executivo que envolvessem a arbitragem, deveriam ser submetidas à jurisdição estatal, no foro determinado pela cláusula contratual estabelecida pelas partes, a qual não seria incompatível com o compromisso arbitral.

Esse entendimento jurisprudencial evidenciado pelos acórdãos aqui coletados abriu as portas para o reconhecimento de cláusulas arbitrais firmadas por empresas estatais, confirmando implicitamente a permissão sutil do artigo 1º da Lei de Arbitragem.

Kubota expõe a situação da seguinte maneira²⁴:

Tem sido essa, pois, a linha dominante: sempre que puder contratar – o que importa em existência de disponibilidade atinente a interesses e direitos patrimoniais – poderá a Administração (direta e indireta) convencionar cláusula de arbitragem, sem que isso importe disposição do interesse público, mas, muito ao contrário, um método para satisfazê-lo de modo mais célere, mais técnico, com custos menores e, sobretudo, com as vantagens da consensualidade.

²⁴ KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Análise acerca da utilização do instituto da arbitragem pela administração pública e em parcerias público-privadas**. Revista da AGU, Brasília, ano IV, número 7, agosto de 2005. p. 134

3.3 Posicionamento favorável na doutrina

Nessa senda, voltamo-nos para a produção doutrinária.

Faz-se de extrema importância começar pela análise de artigo²⁵ redigido pelo ex-ministro Eros Grau, o qual foi utilizado como fundamento na decisão agravada no Mandado de Segurança 11.308-DF citado anteriormente.

Em seu artigo, o autor destaca os pontos principais do porquê a Administração Pública teria a liberdade de utilização de cláusula compromissória. Antes de tudo, deixa claro que, no que tange à natureza da arbitragem, filia-se à corrente privatista, entendendo que o referido instituto não encerra em si jurisdição alguma, sendo, pelo contrário, um meio de evitar a jurisdição. Sendo assim, a arbitragem teria origem puramente contratual.

O autor cita o argumento utilizado pela doutrina a fim de justificar o caráter jurisdicional da arbitragem, de que a sentença arbitral possui caráter executivo e é passível de trânsito em julgado. A fim de contraditar essa premissa, faz um paralelo com a transação celebrada a fim de evitar um litígio, que também constitui título executivo, mas que nem por isso possui natureza jurisdicional.

O ex-ministro entende que aqueles que se posicionam contrariamente à utilização do juízo arbitral tem uma noção errônea de que a indisponibilidade de direitos seria intrínseca a tudo o que se possa associar minimamente à Administração. Ainda, seu entendimento é no sentido de que a arbitragem não é prejudicial ao interesse público, mas, pelo contrário, é um meio de privilegiá-lo.

Afirma o autor que não existe uma espécie de contrato privado da Administração, e que todo e qualquer contrato firmado pelos entes administrativo são denominados tão somente contratos administrativos. Não existe um regime jurídico próprio aos contratos administrativos, sendo que não há distinção jurídica entre contrato administrativo e contrato privado.

Conforme o artigo, o fato de um contrato ser regido pelo “regime de Direito Público” não implicaria que os atos praticados pela Administração fossem alçados de “atos de gestão” a “atos de soberania”.

Nas palavras do autor:

²⁵ GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, v. 3, nº 2, julho/dezembro de 2002. p. 49-58

Desejo dizer, com isso, que embora a Administração disponha, nesse dinamismo, de poderes que se toma como expressão de *puissance publique* (alteração unilateral da relação, v.g.), essa relação não deixa de ser contratual. Pois é certo que esses mesmos poderes são contemplados como estipulações de ordem contratual, ainda que por imposição legal. Isso negássemos e, por força, teríamos de admitir que toda e qualquer limitação disposta em lei ao pleno exercício da liberdade de contratar teria a virtude de sonegar aos acordos de vontade celebrados sob a égide do chamado dirigismo contratual o caráter de contratos. Não seriam contratos, destarte, mesmo os celebrados entre agentes privados em um regime de controle de preços; e também não o seriam aqueles cujas condições de validade dependem de preceitos normativos ou atos administrativos externos à vontade das partes. Da mesma forma, contratos não seriam aqueles dotados de cláusulas padronizadas por ato estatal, dos quais fazem exemplo os contratos de loteamento, de seguro, as convenções condominiais, inúmeras fórmulas contratuais praticadas no mercado financeiro; nesta última hipótese, sem dúvida, efetivamente surgem modelos contratuais inteiramente padronizados — tal como no caso de contratos celebrados com o BNDES e com o extinto BNH.²⁶

Entendendo como dever jurídico a vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele é alcançado; e obrigação como um vínculo em que um devedor deve ao credor o cumprimento de certa prestação, o artigo descreve a obrigação como supondo uma situação de dever e, ao mesmo tempo, sendo consequência de uma manifestação de vontade do devedor. Nesse sentido, o autor entende que “assumida a obrigação, por imposição do dever que o vincula, o particular, no contrato coativo, coloca-se sob situação obrigacional”²⁷.

Uma vez determinados os conceitos acima expostos, vemos que o texto reafirma a natureza contratual da relação estabelecida através do contrato administrativo, sendo que os atos praticados pela Administração dentro dessa relação seriam considerados atos de gestão.

Para o autor, a Administração, enquanto parte contratante, atua como Estado-aparato, vinculado pelas mesmas determinações aos quais o particular encontra-se vinculado, e sem exercer atos de autoridade dentro da relação contratual.

Mais uma vez reforçando a ideia de que contrato administrativo e contrato privado não são realidades radicalmente diferentes, o autor passa a delinear a questão referente à indisponibilidade do interesse público e à disponibilidade de direitos patrimoniais.

Para tanto, o artigo nos remete à diferenciação feita por Orlando Gomes²⁸ dos diversos tipos de contratos de Direito Público, quais sejam: em primeiro lugar, aqueles firmados entre pessoas jurídicas do Direito Público interno, em segundo, aqueles firmados entre o Estado e particulares ou outros entes públicos, visando a interesses comuns (os quais podem trazer consigo direitos subjetivos patrimoniais), e por último aqueles firmados entre a Administração

²⁶ GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, v. 3, nº 2, julho/dezembro de 2002. p. 53

²⁷ *Ibidem*, p. 54

²⁸ *Ibidem*, p. 55

Pública e particulares com vistas à execução de atividade estatal de interesse geral, podendo ser exercida diretamente pelo Estado ou não.

A partir dessa diferenciação, Eros Grau tece importantes considerações a respeito da indisponibilidade do interesse público, remetendo-a unicamente ao interesse público primário, que não seria a mesma coisa que o interesse da Administração.

Em suas palavras:

Ensina Renato Alessi que os interesses públicos, coletivos, cuja satisfação deve ser perseguida pela Administração, não são simplesmente o interesse da Administração enquanto aparato organizacional autônomo, porém aquele que é chamado interesse público coletivo primário. Este é resultante do complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade, ao passo que o interesse do aparato organizacional, que é a Administração, se pode ser concebido um interesse, desse aparato, unitariamente considerado, será simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir no seio da coletividade e que podem ser realizados somente na medida em que coincidam, e nos limites dessa coincidência, com o interesse coletivo primário.²⁹

Esses interesses públicos secundários da Administração só seriam realizáveis dentro do limite em que coincidissem com o interesse primário. O autor indica a legalidade como sendo a medida do interesse público.

Por fim, o artigo encerra tratando da ausência de correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.

A Administração, quando atua, dispõe de alguns direitos patrimoniais, mas não de outros (como aqueles que detêm sobre bens públicos de uso comum). A mesma, ao fazê-lo, não estaria dispondo do interesse público, mas proporcionando a realização deste.

Concluiu o ex-ministro³⁰:

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

Essa ideia expressa no artigo de Eros Grau ressoa na doutrina. Em seu artigo “Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ”, Cesar A. Guimarães Pereira fala do equívoco de se tomar a noção de interesse público como referência da arbitrabilidade objetiva.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, v. 3, nº 2, julho/dezembro de 2002. p. 56

³⁰ *Ibidem*, p. 58

Citando Marçal Justen Filho e sua proposta de que, ao invés de fundamentar o sistema jurídico na proteção ao interesse público, o mesmo seja construído sobre a ideia basilar da supremacia e indisponibilidade de direitos fundamentais, Cesar Guimarães Pereira ressalta que o interesse coletivo não pode ser confundido com o interesse próprio do aparato estatal.

Segundo o autor, a Administração não pode dispor da realização dos direitos fundamentais, mas daí não deriva uma indisponibilidade completa de tudo o que é relacionado à Administração e a proibição de utilização do procedimento arbitral.

Mais uma vez, vê-se que o autor delinea os direitos patrimoniais derivados dos contratos administrativos como sendo passíveis de arbitragem, não lhes cabendo o rótulo de indisponíveis.

Remetemo-nos ao artigo a fim de esclarecermos a posição de seu autor³¹:

As conclusões adotadas acima quanto à possibilidade de a Administração dispor de certos direitos patrimoniais, amplamente aceitas pela jurisprudência (inclusive pelo acórdão ora comentado), filiam-se a uma revisão da ideia de indisponibilidade. Disponível não é apenas o que pode ser objeto de contratação ou transação, com a transferência do direito a outrem, mas é aquilo em relação a que a Administração pode reconhecer que não tem razão.

Ou seja, a disposição de direitos patrimoniais é um efeito de a Administração reconhecer que não tem razão. Admitindo-se essa possibilidade, que está presente na generalidade dos casos, compreende-se que a disponibilidade dos direitos patrimoniais da Administração tem mero caráter instrumental. (...)

O dado fundamental é determinar (i) se o interesse da Administração é disponível, no sentido de ser possível ao ente estatal reconhecer como procedente a pretensão a ele oposta e (ii) se esse interesse tem conteúdo patrimonial (se pode ser direta ou indiretamente representado pecuniariamente). Presentes estas condições, a arbitragem será cabível.

O autor se refere aos acórdãos prolatados pelo STJ, os quais já foram analisados no presente trabalho (os Recursos Especiais de nº 612.439 e 606.345/RS), e ressalta que a solução jurídica adotada pela Corte Superior não restou vinculada à natureza da pessoa administrativa, mas à natureza de sua atividade, e conclui que todos os contratos que envolvam direitos patrimoniais relacionados a serviços públicos de caráter econômico ou a atividades econômicas em sentido estrito seriam passíveis de arbitragem.

O artigo nos remete igualmente ao Agravo Regimental no Mandado de Segurança de nº 11.308-DF, onde foi permitida a utilização da arbitragem em caso em que a atividade da empresa era de regime público (nem ao menos era contada como serviço público de caráter econômico ou atividade econômica em sentido estrito).

³¹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ**. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=5&artigo=731&l=pt>. Acesso em: 25 de junho de 2014.

A mudança legislativa que tem ocorrido nos últimos anos, permitindo expressamente a possibilidade de utilização do procedimento arbitral por alguns tipos de empresas públicas, foi mencionada pelo autor como uma confirmação da orientação que já vem sendo adotada pela doutrina e pelos tribunais.

Por fim, cabe aqui ressaltar como um ponto diferenciado do artigo em questão, o fato de o autor considerar como válida a utilização da arbitragem mesmo em casos em que a Administração se utilize de seus poderes de império. Nisso vemos que o mesmo diverge dos demais autores previamente citados, afirmando que, diante de atos de autoridade, a arbitragem seria cabível “sempre na medida em que estejam presentes direitos patrimoniais e em que não se esteja diante de um caso de necessidade da intervenção judicial”.

Em suas palavras:

Cogite-se, por exemplo, de uma hipótese de encampação de concessão. Haverá inequívoco ato de autoridade por parte do poder concedente. Contudo, tanto o cabimento da encampação quanto o montante da indenização eventualmente devida poderão ser objeto de solução arbitral. Não será invocável a noção de interesse público (primário) para impedir a validade da cláusula compromissória exatamente porque o estrito cumprimento do regime jurídico da concessão – o que abrange as regras sobre os casos de encampação, sobre a indenização e até mesmo sobre a arbitragem – é que corresponde ao interesse coletivo a ser perseguido pela Administração.

4 O POSICIONAMENTO CONTRÁRIO À ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

4.1 O posicionamento contrário na jurisprudência do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União (TCU), em acórdãos prolatados em 2003 e 2006, respectivamente, decidiu pelo não cabimento do instituto da arbitragem no caso de contratos de aquisição de energia emergencial celebrados pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE – empresa pública vinculada ao Ministério de Minas e Energia, a qual foi criada por meio da Medida Provisória nº 2.209 de 29/08/2001. Através desses julgados, o Tribunal fixou entendimento no sentido de que não seria cabível a utilização do procedimento arbitral sem previsão legislativa para tanto, além de levantar outras questões relevantes quanto à matéria.

Inicialmente, aludimos ao Acórdão de nº 584/2003, o qual tratou de representação formulada pela Federação Nacional dos Engenheiros contra possíveis casos de irregularidade ocorridos na contratação de energia elétrica por parte da CBEE. Em um dos itens da representação, a Federação apontou diversas cláusulas contratuais com ilegalidades flagrantes, dentre as quais se encontravam a cláusula que previa a utilização da arbitragem na resolução de litígios.

Foi efetuada inspeção na CBEE, da qual resultou uma análise da Unidade Técnica designada. No tocante à cláusula contratual do instituto da arbitragem, o responsável pela CBEE justificou sua existência afirmando que, com a edição da Lei nº 9.307/96, foi introduzido na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que seria perfeitamente possível e legal a inserção de cláusula arbitral em contratos celebrados por Empresa Pública.

Aduziu o responsável que a institucionalização da arbitragem no Brasil seria peça importante para a consolidação de visão internacionalizada e flexível do direito, uma vez que é uma saída alternativa ao judiciário, permitindo verdadeira composição da lide, o que seria raramente alcançado pela função jurisdicional. Esse quadro iria ao encontro da crescente integração das economias e do fluxo do intercâmbio comercial internacional.

Ainda, ressaltou a natureza da energia elétrica adquirida pela CBEE, que procuraria atender em caráter emergencial todas as classes de consumidores finais do Sistema Interligado, tendo como finalidade mediata o reforço da produção disponível de energia elétrica, sendo portanto atividade comercial de empresa pública, à qual se faz cabível a arbitragem nos termos da lei. Nesse sentido, assevera que a CBEE seria totalmente regida por

normas e preceitos comerciais, sendo que seus contratos configurariam atos de gestão e não de autoridade. Acrescentou, ainda, que a produção de energia elétrica para venda a uma autorizada seria atividade complementar de empresa pública constituída para este fim, e que, nesse caso, a Lei nº 8.987/95, em seu artigo 25, parágrafos 1º e 2º, teria estabelecido o regime especial de direito privado, derogando o regime geral dos contratos da Administração Pública.

O parecer técnico rebateu os argumentos da parte, afirmando que a arbitragem não é compatível com os contratos de aquisição de energia emergencial celebrados pela CBEE. Citando três características principais do instituto, a Unidade Técnica destacou o sigilo, o qual não pode ser aplicado aos contratos administrativos, pois é incompatível com o princípio da publicidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal e do artigo 3º da Lei nº 8.666/93. A análise entende que a CBEE, por negociar apenas com termelétricas, com prejuízo praticamente certo, não poderia ter sua atividade comparada com a de concessionárias.

Citando o artigo 1º da Lei de Arbitragem, o parecer técnico refere que a arbitragem só cabe para dirimir litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis, quais sejam, aqueles que são passíveis de avaliação monetária e sobre os quais seus titulares possuem liberdade de disposição. A CBEE, como empresa pública comercializadora de energia elétrica, não poderia abrir mão da composição da lide no Judiciário. Igualmente, seus bens não poderiam ser considerados disponíveis, pois *“o responsável por quaisquer ressarcimentos ao particular será sempre o contribuinte, a partir da majoração dos encargos tributários”*.

Mais adiante, o laudo técnico menciona o fato de que as relações da empresa pública com o regime próprio das empresas privadas estão ainda pendentes de formulação legal, de acordo com o disposto no § 1º, inciso II do artigo 173 da Constituição Federal.

Por fim, o laudo conclui pela rejeição das justificativas apresentadas pelo responsável e pela adoção de providências para alteração da cláusula arbitral.

O voto no acórdão inicia fazendo referência aos argumentos do recorrente de que os contratos celebrados pela CBEE seriam de natureza privada.

Um dos argumentos utilizados pelo responsável para tentar descaracterizar algumas das irregularidades pelas quais foi ouvido em audiência, é o de que os contratos celebrados pela CBEE com os produtores independentes de energia seriam contratos de direito privado e não contratos administrativos. Segundo ele, a CBEE, ao atuar diretamente no domínio econômico, estaria subordinada às regras e princípios do direito privado, por força do disposto no art. 173, §1º da Constituição Federal. “Desta forma, por determinação constitucional, a administração pública, ao atuar

diretamente no domínio econômico, se iguala ao particular, se desvestindo da supremacia da Administração Pública que é característica dos Contratos Administrativos. Uma vez participante de contratos comerciais de direito privado descabida será a existência de prerrogativas atribuídas pelo regime de direito público, mesmo porque de regime de direito público não se trata” (fl. 15, v.6).

O julgador afirma que não há o que atacar nesse ponto levantado pelo recorrente. Ele menciona a divisão dos contratos administrativos já adotada pela doutrina administrativista brasileira entre contratos de direito privado e contratos administrativos, ressaltando que mesmo os primeiros não se põe completamente fora do alcance das normas publicistas, e que os contratos administrativos seriam totalmente regidos pelo direito público.

Citando Maria Sylvia Zanella di Pietro, ele refere-se ao conceito da autora dos contratos tipicamente administrativos como sendo aqueles sem paralelo no direito privado, tais como a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público. Nesse sentido, refere que os serviços de energia elétrica são serviços públicos exclusivos do Estado, explorados pelo particular por meio de concessão, autorização ou permissão.

Ainda, quanto à caracterização do contrato administrativo, refere ele:

4.Sob outro ângulo, cabe mencionar, mais uma vez, a posição da Prof. Maria Sylvia Zanella di Pietro, na obra já citada, acerca da caracterização do contrato administrativo: “Diríamos até que, mais do que o tipo de atividade, o que se considera essencial para caracterização do contrato administrativo é a utilidade pública que resulta diretamente do contrato. Nesses casos, é patente a desigualdade entre as partes: o particular visa à consecução de seu interesse individual; a Administração objetiva o atendimento do interesse geral. Sendo este predominante sobre aquele, a Administração terá que agir com todo o seu poder de império para assegurar sua observância, o que somente é possível sob regime jurídico administrativo” (pag. 239). No caso em questão, esta característica está evidente, pois se tratava de uma contratação emergencial de energia elétrica para atender uma situação extrema, de racionamento, que pesava sobre boa parte da sociedade brasileira.

Sendo assim, o julgador afasta a alegação do requerente de que os contratos da CBEE seriam de natureza privada, pondo em relevo, inclusive, que o próprio conteúdo do contrato em questão nos autos faria referência à aplicação da Lei nº 8.666/93, a qual trata das licitações e contratos administrativos.

A seguir, agora tratando diretamente da questão da cláusula arbitral, o julgador expressa seu posicionamento pelo acatamento do laudo da Unidade Técnica. Segundo ele, não há que falar em direito disponível quando se trata de caso envolvendo fornecimento de energia elétrica emergencial, em atendimento à população brasileira que estava sofrendo os efeitos da crise de energia. Refere que os serviços de energia elétrica são serviços públicos exclusivos do Estados, e que a origem da CBEE se deu justamente pelo racionamento de energia, não se tratando de direitos disponíveis da empresa.

O julgador menciona a Lei nº 8.987/95, artigo 23, o qual foi levantado pelo recorrente como defesa da utilização da cláusula arbitral, e levanta que o mesmo prevê a definição de foro e modo amigável de solução das divergências contratuais em contratos de concessão, os quais não tem nada a ver com o instituto da arbitragem.

O acórdão deixa claro o entendimento de que a ausência de autorização legal para o estabelecimento de via arbitral para solução de controvérsias contratuais não permite sua adoção no contrato como o estabelecido pela CBEE, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Em suas conclusões, o julgado estabelece que a cláusula arbitral no contrato em questão “não encontra respaldo legal – os conflitos devem ser resolvidos na esfera judicial”.

O segundo acórdão a ser mencionado (Acórdão nº 537/2006) teve sua origem em pedidos de reexame do Acórdão 584/2003, e trata do mesmo caso envolvendo a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial. Os pedidos foram interpostos pela Federação Nacional dos Engenheiros e por diversas empresas.

Houve manifestação da Secretaria de Recursos quanto aos argumentos expendidos pelos recorrentes. As empresas requereram a reforma da decisão para que fosse considerado lícito o pacto arbitral constante do contrato, enquanto a Federação voltou a defender a nulidade dos contratos firmados pela CBEE.

A Secretaria de Recursos analisou detalhadamente cada argumento levantado pelas recorrentes, dentre os quais mencionaremos apenas aqueles relacionados ao tema do instituto da arbitragem.

A empresa Gebra (Geradora Brasileira de Energia Ltda.) aduziu em sua argumentação que haveria a possibilidade de utilização de cláusula arbitral, nos seguintes termos:

O objeto da contratação não é a prestação de um serviço público, mas uma atividade econômica de natureza comercial. São disponíveis os direitos albergados nos contratos. As avenças são regidas predominantemente por normas de direito privado. Cabe cláusula de arbitragem nos contratos de concessão e permissão de serviços públicos. A Lei 10.433/2002 estabelece a possibilidade de entidades da Administração Indireta submeterem-se a câmaras arbitrais.

A Secretaria de Recursos analisou tal argumento, afirmando que não há, entre os fundamentos da decisão impugnada, o argumento de que os serviços contratados se enquadrariam no conceito de serviços públicos nos termos do artigo 175 da Constituição Federal, e passou a tratar da natureza jurídica dos contratos em questão.

Segundo a Secretaria, a CBEE, ainda que esteja intervindo no domínio econômico, não está explorando atividade econômica (como previsto no art. 173 da Constituição Federal

como requisito para que as entidades administrativas indiretas se sujeitem ao regime jurídico privado). A CBEE estaria atuando como agente regulador da oferta de energia no mercado, envolvendo mormente direitos e interesses públicos, não podendo ser equiparada à uma empresa estatal que exerça suas atividades paralelamente a empresas privadas.

Citando Di Pietro, o analista ressalta que “o essencial para a caracterização do contrato administrativo é a utilidade pública que resulta diretamente do contrato”, e aqui vemos um elemento de conexão com o acórdão em reexame, no qual essa caracterização também foi levantada. Nesse sentido, os contratos de direito privado seriam aqueles cujo objeto atende ao interesse geral apenas de forma indireta.

Estabelecida a natureza pública dos contratos em questão, a cláusula arbitral não é aplicável, afirma a análise, tendo em vista a ausência de autorização legal. Em seus termos:

O fato de a outras modalidades de contratos administrativos ser possibilitada a inclusão de cláusula de arbitragem, tal como previsto no inciso X do art. 43 da Lei 9.478/1997 não permite a extensão por analogia desses dispositivos às avenças aqui tratadas. A Administração é regida pelo Princípio da Legalidade e a arbitragem é cláusula de exceção a regra de submissão dos conflitos ao Poder Judiciário, somente podendo ser aplicada com expressa autorização legal.

Então vemos aqui o reforço do entendimento de que a Administração não pode agir fora daquilo que é previsto em lei, de acordo com o Princípio da Legalidade que a rege. A regra seria a submissão de todos os conflitos ao Poder Judiciário, enquanto a arbitragem só poderia ser utilizada em casos excepcionais especificamente mencionados na lei, não podendo abranger casos diversos por meio de analogia.

Mais uma vez, deparamo-nos na análise com a menção à cláusula relativa ao foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais, os quais devem estar presentes em contratos de concessões e permissões de serviços públicos por previsão legal do artigo 23, inciso XV da Lei 8.987/95. No entanto, tal não significa a permissão para adoção de cláusula arbitral, pois “o conceito de solução amigável de conflitos está ligado à auto-composição de litígios, e não à submissão da controvérsia a um terceiro, como acontece na arbitragem e na utilização das vias judiciais”.

A análise refere que os direitos de que tratam os contratos permitem a aplicação da arbitragem sob a ótica do direito civil, uma vez que são considerados disponíveis por versarem sobre questões patrimoniais, não podendo haver confusão entre o interesse público com o interesse da Fazenda Pública.

Citando o Ministro Maurício Corrêa do Supremo Tribunal Federal, afirma que a indisponibilidade de determinados direitos decorre não da natureza privada ou pública das relações jurídicas que se encontram em seu bojo, mas sim da importância social das mesmas. O interesse público não seria aquele referente à administração pública em sentido estrito, mas aquele relacionado à preservação do bem comum e da estabilidade das relações sociais. Sendo assim, o Estado possui o dever de tutelar essas garantias, “pois embora guardem natureza pessoa imediata, revelam, do ponto de vista mediato, questões de ordem pública”.

Ainda remetendo-se aos termos utilizados pelo Ministro, cita a passagem em que o mesmo conceitua direitos individuais indisponíveis como aqueles que a sociedade, por meio de seus representantes, entende como essencial à obtenção da paz social em conformidade aos desejos da comunidade, “transmutando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal”. O titular não poderia então dispor desses direitos, devendo proteger o bem comum maior “pois gravado de ordem pública sobrejacente, ou no dizer de Ruggiero ‘pela utilidade universal da comunidade’”.

Em seguida, passou-se a analisar o argumento levantado por diversas empresas no sentido de que a cláusula arbitral teria sido fundamental para atrair os investidores, dentre outros pontos, como se vê a seguir:

Alegação: A cláusula arbitral foi fundamental para atrair os investidores. A arbitragem permitiria a solução dos conflitos por técnicos especializados. A supressão da cláusula provocará quebra de contrato. O escopo da arbitragem é limitado às controvérsias existentes no contrato. Os direitos objeto da arbitragem são disponíveis. Caberia ao árbitro a análise da existência ou não de direitos disponíveis. O entendimento do TCU vai de encontro a mais moderna doutrina e a mais atualizada jurisprudência (fls. 2/4 e 11/21, vols. 10 e 13).

A análise refuta tais argumentos, entendendo que, por mais que a adoção da arbitragem seja conveniente como meio de “solução de conflitos contratuais que envolvam conhecimentos técnicos especializados”, a mesma só pode se dar dentro da autorização legal.

Em suas palavras:

A alegação de que haverá quebra de contrato não justifica a manutenção de uma cláusula ilegal, devendo aqueles que se considerarem prejudicados procurarem as vias cabíveis para a defesa de direitos subjetivos. Entretanto, há de se convir que a adoção da arbitragem não foi tão relevante para atrair os investidores, pois cinco dos vinte e nove contratados assinaram o Termo Aditivo de exclusão das cláusulas arbitrais sem considerar que houve quebra de contrato. (fls. 334, VP.) O argumento de que o escopo da arbitragem é limitado às controvérsias decorrentes da execução contratual, tratando-se, portanto, de direitos disponíveis, já foi devidamente enfrentado na análise anterior. Destaco que não cabe ao árbitro escolhido, mas sim a esta Corte, a verificação da legalidade da aplicação da cláusula arbitral.

Os precedentes jurisprudenciais e doutrinários apontados, em geral, indicam a possibilidade da aplicação da cláusula de arbitragem em contratos administrativos, o que, frise-se, não é aqui contestado, pois somente se está a afirmar que deve haver autorização legal para tanto, o que não ocorre nos casos concretos aqui tratados.

Por fim, frente à alegação das recorrentes de que a CBEE visa ao lucro, submetendo-se ao regime privado e exercendo atividade econômica, tendo seus contratos igualmente regidos pelo regime privado, a análise afirma veementemente que a CBEE, sendo dotada de personalidade de direito privado, não pode por isso se afastar dos princípios básicos que regem a Administração Pública.

Passa-se então ao voto. O mesmo trata dos argumentos principais levantados pelas partes, e, no que tange à questão envolvendo a cláusula arbitral, confirma o laudo técnico emitido pela Secretaria de Recursos. Veja-se:

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

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

Segundo o entendimento exarado pelo acórdão, em concordância com a instrução da Unidade Técnica, a Lei nº 9.307/96, ao dispor genericamente sobre a arbitragem, não teria suprido a necessária autorização legal específica para que seja possível a adoção do juízo arbitral nos contratos celebrados pela CBEE.

O voto conclui afirmando que, não existindo amparo legal para a previsão de utilização do procedimento arbitral e se tratando de direitos patrimoniais indisponíveis, torna-se impossível a manutenção da cláusula arbitral nos contratos, devendo a mesma ser excluída.

4.2 Da ofensa ao princípio da legalidade

Das decisões do Tribunal de Contas da União relatadas no item anterior, verifica-se que o principal ponto levantado contra a utilização da cláusula de arbitragem em contratos administrativos é justamente a ausência de previsão legal que o permita. Nesse ponto, verificar-se-ia uma afronta ao princípio da legalidade.

O princípio da legalidade é o primeiro princípio citado no artigo 37 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

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 [...]

Di Pietro³², ao tratar dos princípios do Direito Administrativo, refere-se ao princípio da legalidade como sendo essencial e basilar.

Os dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do direito público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais.

A Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direta e Indireta, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e eficiência (art. 37, caput, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98), aos quais a Constituição Estadual acrescentou os da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público (art. 111).

A Lei nº 9.784, de 29-1-99 (Lei do Processo Administrativo Federal), no artigo 2º, faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

O princípio da legalidade, tido como um dos pilares de sustentação do Direito Administrativo e fundamento de diversos outros princípios que dele decorrem, possui um significado vital em nosso ordenamento jurídico.

Enquanto princípio delimitador do poder da Administração, ele ao mesmo tempo determina o espaço de autonomia dos particulares, ao dar-lhes liberdade para fazerem tudo aquilo que não for proibido por lei. No tocante à Administração, esta se vê presa ao comando da lei, podendo apenas agir dentro daquilo que lhe foi expressamente permitido.

Segundo Di Pietro³³:

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a ideia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (2003:86) e corresponde ao que já vinha explícito no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei”.

No direito positivo brasileiro, esse postulado, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal que, repetindo preceito de

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 64

³³ *Ibidem*, pg. 64-65

Constituições anteriores, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.

Conforme foi visto anteriormente, não existe no ordenamento jurídico brasileiro nenhum dispositivo permitindo expressamente a utilização do procedimento arbitral ou a inserção de cláusula arbitral em contratos administrativos de modo geral. Existem algumas leis específicas, as quais já foram analisadas, e que permitem a utilização da arbitragem em parcerias público-privadas, concessões em geral e contratos de fornecimento de energia que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. No entanto, essas permissões pontuais não podem ser utilizadas de forma analógica em outras situações, alargando a área de abrangência dos dispositivos, posto que isso vai de encontro ao princípio da legalidade.

Com efeito, tendo como exceção os exemplos supracitados, não existe dispositivo na Lei de Arbitragem permitindo o uso do procedimento arbitral em contratos administrativos. Igualmente, não encontramos nenhum dispositivo do tipo em nossa Constituição.

Ainda nessa mesma lógica, se seguirmos os argumentos apresentados previamente pela jurisprudência e pela doutrina no sentido de que a Lei de Arbitragem em seu artigo 1º e a Constituição teriam estabelecido uma permissão genérica para a utilização do instituto arbitral pela Administração ao não estabelecerem restrições nesse sentido, estaríamos concluindo pela aplicação do princípio da legalidade à Administração nos mesmos moldes por que é aplicado aos particulares, permitindo uma liberdade por demais ampla aos entes administrativos.

Mauro Hiane³⁴, ao falar do tratamento concedido aos contratos administrativos pela jurisprudência, aponta a incongruência encontrada nos julgados, que ora determinam que a Administração siga apenas o que se encontra expresso na lei, ora lhe dá liberdade para atuar fora dos limites legais.

[...] O artigo 41 da Lei nº 8.666/1993 impõe à Administração um dever de “estrita vinculação ao edital de licitação” – e o artigo 54, § 1º, da mesma lei, afirma que os contratos administrativos devem estar “em conformidade com os termos da licitação e da proposta”. O Superior Tribunal de Justiça, muito apropriadamente, já proferiu uma decisão confirmando que “o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria lei, a Administração Pública vincula-se ‘estritamente’ a ele”, e outra esclarecendo que “uma vez constatada a nulidade [de] contrato, em face da sua aparente desconformidade com as disposições editalícias que lhe antecederam, em relação às quais deveria guardar conformidade, não só pode o Tribunal como deve declará-la de ofício, ainda que as partes tenham pedido apenas a rescisão do

³⁴ MOURA, Mauro Hiane de. **A autonomia contratual da administração pública**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 13-16

contrato, em decorrência do alegado inadimplemento da outra, sem que com isso incorra em julgamento *ultra petita*”. Esse entendimento está alinhado com a vinculação estrita da Administração à legalidade que dá suporte às decisões compreendidas no grupo de casos que, mais acima, chamei como “primeiro exemplo”.

O mesmo Tribunal, todavia, também proferiu decisões entendendo que é permitido à Administração pactuar, com o vencedor de uma licitação, cláusulas contratuais que não houvessem sido mencionadas no edital. Usando esse raciocínio, o STJ legitimou pactos feitos entre a Administração e particulares por meio dos quais foram incluídas em contrato cláusulas penais e cláusulas compromissórias que não haviam sido previstas no edital. Sugere-se, nessas decisões, que a Administração gozaria de uma “autonomia contratual” com base na qual esses pactos complementares poderiam ser estabelecidos; ela ora decorreria do artigo 54 da Lei nº 8.666/1993, ora decorreria naturalmente da esfera de ação que a Administração teria para solucionar controvérsias ligadas aos contratos que firma.

Em seus exemplos, Mauro Hiane faz menção ao Recurso Especial 904.813/PR (já analisado previamente), o qual permitiu a inclusão indireta e tardia de uma cláusula compromissória dentro de um contrato administrativo que inicialmente não comportava essa previsão.

Ao tratar desse problema específico, que é a inserção de cláusulas contratuais não previstas na licitação, o autor afirma³⁵:

Além de um risco de violação ao princípio da legalidade, o risco de comprometimento aos demais princípios que devem reger a atuação da Administração Pública é enorme: do ponto de vista das garantias do administrado, porque os licitantes que acorrem a uma licitação fazem seus lances com base na minuta contratual previamente divulgada pela Administração. Permitir à Administração que use de seu poder de barganha para forçar a inclusão de cláusulas depois do encerramento do certame é desleal e pode afetar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (que, nos termos do artigo 37, XXI, está baseado na preservação das condições da proposta feita à Administração). Do ponto de vista da imparcialidade da ação administrativa, esse entendimento é perigoso porque essa abertura que ele reconhece à Administração pode fazer com que agentes públicos incluam cláusulas adicionais, com conteúdo mais ou menos benéfico para os particulares, de acordo com a *gris política* ou com as afiliações pessoais dos vencedores de uma licitação. Frustrar-se-ia, com isso, não só a legalidade, mas também o propósito republicano de imparcialidade que está no centro do instituto da licitação.

Essa mesma dificuldade levantada pelo autor no que se refere ao descumprimento das regras da licitação pode ser encontrada nos casos de inserção de cláusula de arbitragem nos contratos administrativos.

Primeiramente, como já referimos, há uma afronta ao princípio da legalidade, fazendo com que a Administração, ao agir fora dos limites que lhe são impostos pela lei esteja indo contra os próprios preceitos constitucionais.

³⁵ MOURA, Mauro Hiane de. **A autonomia contratual da administração pública**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 16

Ainda, a inserção da cláusula de arbitragem sem a expressa autorização legislativa se dá, de modo geral, de acordo com o interesse próprio dos entes em questão, a fim de favorecê-los economicamente e segundo seus próprios propósitos, fazendo com que essa seja uma manobra adotada ao bel prazer da Administração.

O Judiciário, ao concedê-lo, está autorizando a Administração a agir em prol de seus próprios objetivos ao arrepio da lei, causando insegurança jurídica e abrindo precedente para que outros tipos de afrontas ao princípio da legalidade sejam intentadas sob o pretexto de busca de uma melhor resolução de conflitos fora do Judiciário.

Cabe ressaltar, outrossim, que a escolha pelo procedimento arbitral significa o afastamento da jurisdição estatal pela submissão de controvérsias a um juízo particular, e, embora isso seja uma maneira conveniente de resolução de conflitos específicos e de natureza patrimonial, é dirigido especialmente aos particulares, sendo poucos os casos em que o é permitido a empresas públicas. O fato de uma empresa pública, que lida com o interesse coletivo, poder afastar a jurisdição estatal para submeter seus conflitos a um árbitro mesmo quando isso não esteja expressamente permitido por lei é algo que não pode ser aceito em nosso ordenamento, sob pena de considerarmos os princípios que regem a Administração Pública como meras sugestões de ação.

4.3 Da ofensa ao princípio da publicidade

O princípio da publicidade, assim como o princípio da legalidade, se encontra expressamente previsto no artigo 37 de nossa Constituição. Seu objetivo é submeter a Administração à divulgação de seus atos de forma ampla, existindo, contudo, algumas ressalvas.

Segundo Di Pietro³⁶, a própria Constituição estabelece restrições ao princípio da publicidade, como o que consta do artigo 5º, inciso LX, o qual expressamente refere que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

A autora afirma que, pela interpretação do referido dispositivo constitucional, se tem que a Administração Pública, como tutela interesses públicos, não pode sustentar o sigilo de seus atos processuais, exceto quando o próprio interesse público assim o determine (como, por exemplo, se estiver em jogo a segurança pública) ou se a divulgação venha a ofender a intimidade de um indivíduo sem que isso traga qualquer benefício ao interesse público.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 72

Enquanto a publicidade de atos processuais é a regra para a Administração, temos que uma das características do instituto da arbitragem é justamente o sigilo do procedimento.

Segundo Herick Mardegan³⁷, temos que o sigilo é a regra do procedimento arbitral, enquanto seja exceção nos processos de jurisdição estatal. Segundo o autor, o sigilo processual atrairia as empresas, uma vez que procuram manter longe do conhecimento do público em geral seus segredos profissionais, já que, muitas vezes, são essenciais para a manutenção de sua atividade empresarial.

Vemos então que há um conflito entre dois princípios distintos: enquanto a publicidade é princípio norteador dos atos praticados pela Administração Pública, o sigilo procedimental é a regra em se tratando de processo arbitral. Como fazer para que ambos possam conviver harmonicamente?

Enquanto se verifica que o afastamento do sigilo do procedimento arbitral possa vir a causar prejuízos de grande monta às empresas que dele participam, ao mesmo tempo a sua manutenção permite que, ao utilizar-se da arbitragem, as empresas públicas, enquanto entes administrativos indiretos, possam utilizar-se do sigilo a fim de afastar a aplicação do princípio da publicidade.

Pode-se afirmar que, nesse caso, valeria o referido no inciso LX do artigo 5º, pois o sigilo estaria protegendo o interesse particular das empresas. No entanto, entendemos que, mesmo que o conceito de “intimidade” ali expresso (que, em um primeiro momento, subentende um contexto de pessoa física, com sua intimidade pessoal) possa ser expandido a tal ponto, devemos levar em conta o interesse público que, em maior ou menor carga, se encontra presente nos contratos firmados pela Administração Pública.

Di Pietro³⁸ tratou do choque entre o direito individual e o interesse público da seguinte forma:

Pode ocorrer conflito entre o direito individual ao sigilo, que protege a intimidade, e outro direito individual (como a liberdade de opinião e de imprensa) ou conflito entre o direito à intimidade e um interesse público (como o dever de fiscalização por parte do Estado. Para resolver esse conflito, invoca-se o princípio da proporcionalidade (em sentido amplo), que exige observância das regras da necessidade, adequação e proporcionalidade (em sentido estrito). Por outras palavras, a medida deve trazer o mínimo de restrição ao titular do direito, devendo preferir os meios menos onerosos (regra da necessidade); deve ser apropriada para a realização do interesse público (regra da adequação); e deve ser proporcional em relação ao fim a atingir (regra da proporcionalidade em sentido estrito).

³⁷ MARDEGAN, Herick. **Arbitragem e o direito empresarial: efetividade e adequação**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 50

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 72

4.4 O tratamento concedido aos contratos administrativos pela jurisprudência e sua inadequação aos princípios constitucionais

Como foi visto anteriormente, a jurisprudência tem se inclinado favoravelmente à utilização da arbitragem por empresas públicas, considerando os direitos envolvidos nos contratos em questão, enquanto sejam patrimoniais e disponíveis. Considera igualmente o que restou estabelecido pelo artigo 173 da Constituição Federal, § 1º, inciso II, o qual determina a sujeição de empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Mauro Hiane³⁹, ao tratar dos contratos administrativos, ressalta como os julgados do STJ tem enfrentado a questão da utilização da arbitragem aproveitando-se de autorizações genéricas da legislação e aplicado o regime privado às empresas públicas sem maiores critérios, prejudicando a aplicação dos princípios que regem a Administração.

O autor menciona a autorização específica concedida pelo legislador às sociedades de economia mista para a utilização da cláusula arbitral, e ressalta que, se o artigo 173 da Constituição Federal já tivesse deixado claro a existência de autonomia contratual dessa empresas para tanto, não haveria necessidade de que essa lei fosse editada.

Ainda, mencionando a decisão do STJ no MS nº 11.308/DF, o autor aponta como o tribunal utilizou-se, como fundamento decisório, não somente o artigo 173 da Constituição, mas também a autorização genérica concedida pela Lei nº 9.307/1996, entendendo que as sociedades de economia mista e as empresas públicas podem valer-se da Lei de Arbitragem na mesma medida que qualquer outro agente privado.

A questão controvertida contida no julgado supracitado se revelaria no tocante ao argumento inovador do tribunal de que a inclusão de uma cláusula arbitral em um contrato firmado por uma sociedade de economia mista poderia impedi-la de utilizar os poderes exorbitantes decorrentes do artigo 58 da Lei nº 8.666/1993.

Esses poderes, como bem destaca o autor, são tidos pela doutrina, de modo geral, como sendo “indisponíveis” e “existentes e aplicáveis ainda que não escritos”. O entendimento adotado pelo STJ, de que os mesmos podem ter seu exercício impedido em virtude de uma cláusula contratual, é um posicionamento bastante controverso, uma vez que

³⁹ MOURA, Mauro Hiane de. **A autonomia contratual da administração pública**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 28-29

vai não somente contra a tradição doutrinária, mas também contra o disposto no artigo 58 da Lei nº 8.666/1993, o qual não possibilita a limitação de tais poderes.

Afirma Hiane que o STJ, ao invés de firmar seu argumento na “natureza privatiforme” da sociedade de economia mista e na proibição de privilégio prevista no artigo 173 da Constituição, a fim de afastar o exercício dos poderes do artigo 58, preferiu traçar uma distinção no tocante à qualidade dos interesses da Administração. O julgado teria diferenciado interesses puramente patrimoniais, secundários e de interesses primários, para enfim chegar à conclusão que a inclusão de uma cláusula arbitral tendo por objeto interesses secundários poderia impedir que os poderes exorbitantes fossem exercitados.

O autor levanta dois problemas quanto a semelhante raciocínio. Segundo ele, o STJ, ao decidir da maneira pela qual o fez, colocou em xeque o princípio da legalidade, pois concedeu à empresa de economia mista a opção de abrir mão de seus poderes de supremacia contratual, os quais decorrem diretamente da lei. Ainda, afirma que “a arbitralidade de questões patrimoniais não deveria fazer com que o Estado não pudesse rescindir um contrato quando entendesse que ele havia se tornado contrário ao interesse público”.

Tratando do REsp nº 904.813/PR⁴⁰, onde, mais uma vez, o STJ entendeu que não existiria óbice legal à estipulação de arbitragem pelo Poder Público (e em especial pelas sociedades de economia mista), Hiane refere que a decisão não foi tão específica a ponto de citar o artigo 173 da CF e a Lei de Arbitragem, mas que apenas estabeleceu uma compatibilidade genérica entre contratos firmados pela Administração e compromissos arbitrais. O julgado concluiu que a ausência de referência à utilização de arbitragem no edital não vulnerava o certame, e que, como havia apenas direitos patrimoniais em questão, a arbitragem podia ser tida como meio legítimo para a solução de controvérsias. Ressaltou o autor que os fundamentos decisórios “fazem com que sua conclusão, em tese, seja aplicável para toda a Administração Pública – independentemente da incidência do artigo 173”.

Nesses termos, Hiane conclui pela existência de dois modelos de compreensão em jogo. Às vezes a Administração, enquanto contratante, é entendida como Poder Público e vinculada à lei, e às vezes é compreendida como estando no mesmo nível dos particulares, quando se lhe concede um espaço de liberdade nos moldes do que decorre da autonomia privada.

⁴⁰ MOURA, Mauro Hiane de. **A autonomia contratual da administração pública**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 34

O autor dá ênfase à confusão gerada pelas decisões pontuais da jurisprudência, as quais não permitem uma conclusão coerente a respeito de qual regime jurídico é aplicável às empresas públicas, decidindo ora em favor da vinculação à lei, ora a favor da autonomia quase igualável à do particular.

Segundo Hiane⁴¹:

(...) atualmente, a Administração que contrata não é a mesma Administração que edita atos unilaterais e regulamenta. (...) como as bases constitucionais que condicionam a atuação da Administração nesses dois campos são as mesmas, ela deveria ser a mesma – deveria ser uma só Administração, e não uma Administração que, à maneira de Janus, pode escolher atuar por uma face de direito privado ou por uma face de direito público.

Ao longo de sua obra, Hiane desconstrói o Direito Administrativo brasileiro a partir de suas fontes e concluiu ao final, dentre outras coisas, que o contrato administrativo não deve ser concebido a partir das prerrogativas da Administração, mas a partir, sobretudo, do conjunto de vinculações que emerge da Constituição. Sendo assim, é tarefa do legislador designar, a cada contrato que a Administração tencionar utilizar, um regime jurídico público ou privatiforme. Para o autor, em ambos os casos os contratos devem ser vistos como administrativos (contratos públicos), “e a regularidade de seu conteúdo deve ser avaliada à luz do conjunto de dispositivos que sempre deve vincular a ação da Administração Pública – quer ela use, quer não, os poderes exorbitantes elencados no artigo 58 da Lei nº 8.666/1993.”⁴²

Hiane menciona o fato de que ainda existe a tendência, em nosso ordenamento, de pensar os contratos administrativos como aqueles em que a Administração dispõe de poderes exorbitantes. No entanto, para o autor, tal conceito seria errôneo, devendo ser abandonado, tendo em vista nos encontrarmos “dentro de um Estado de Direito com uma constituição rígida que impõe uma série de vinculações à Administração Pública”.

Aqui nos deparamos com uma crítica direta à forma de pensar adotada pelo STJ nos termos já detalhados no capítulo anterior do presente trabalho, e uma proposta de reformulação do sistema a fim de que os contratos firmados pela Administração se adequem aos princípios constitucionais. A adoção das prerrogativas distintivas do contrato administrativo como traço diferencial, segundo o autor, levariam à admitir que o Estado possa fazer contratos de direito privado e a pensar o contrato a partir dos mencionados poderes, sem que se leve em conta o lugar, dentro do ordenamento, em que o mesmo se encontra inserido.

⁴¹ MOURA, Mauro Hiane de. **A autonomia contratual da administração pública**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 37

⁴² *Ibidem*, p. 68-69

O contrato administrativo seria uma modalidade de ação administrativa, a qual está vinculada pela Constituição (principalmente pelos princípios do artigo 37 e pelos princípios fundamentais). Sendo assim, “o conjunto de vinculações constitucionais aplicáveis à Administração Pública faz com que seja impossível pensar que a Administração possa ter a seu dispor uma área onde ela poderia ‘agir como se particular fosse’”⁴³.

Para o autor, toda a ação da Administração é uma ação pública, e ela não poderia deixar de lado o quadro de vinculações constitucionais aplicáveis em nenhuma instância de atuação (isso se aplicaria tanto aos contratos ditos de direito privado quanto aos “contratos administrativos”).

Nas palavras do autor:

O que estou propondo com esse reenquadramento do instituto é o abandono da distinção que decorre da presença, entre nós, de restos da teoria romana do *Fiscus* – com a eliminação das categorias “contratos de direito privado da Administração” e “contratos administrativos”, e sua posterior unificação dentro da categoria mais abrangente dos “contratos públicos”. Estou propondo que as bases constitucionais do nosso sistema se imponham sobre um dos nossos institutos de Direito Administrativo e provoquem sua reforma – de maneira a fazer com que esse instituto passe a funcionar em adequação com os fundamentos do sistema no qual ele está inserido. Não devemos pensar que o Estado é “mais” ou “menos” público de acordo com a natureza dos atos que pratica, e depois olhar para o quadro de restrições porventura aplicáveis a esses atos. Essa era a perspectiva da doutrina publicista do século XIX. No modelo jurídico em que estamos, devemos primeiro olhar para o quadro de vinculações constitucionais e depois pensar em como estruturar as modalidades de ação do Estado.

O autor considera que a Constituição poderia desfazer a diferenciação entre atos de império e atos de gestão a fim de traçar diferentes regimes de ação pública, mas que os intérpretes não podem ter a liberdade de utilizar-se da diferença entre atos de império e de gestão de forma contrária ao texto constitucional, muito menos de maneira a criar exceções que o mesmo não reconhece aos princípios por ele positivados.

A crítica dirigida aos tribunais diz respeito ao modo como os casos foram resolvidos, ou seja, com o STJ primeiro identificando qual a conclusão a que queria chegar e em seguida buscando no ordenamento e na doutrina argumentos que poderiam sustentá-la.

Segundo Hiane⁴⁴:

A permanência, no repertório jurídico nacional, da ideia de que existem situações em que o Estado pode “atuar como se um particular fosse” pode gerar, no ambiente contencioso em que se inserem os Tribunais, dois cenários: (a.) a rejeição da teoria da “base pública” em nome do argumento de que “o Estado pode atuar como se um

⁴³ MOURA, Mauro Hiane de. **A autonomia contratual da administração pública**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 443

⁴⁴ *Ibidem*, p. 446

particular fosse” (e vimos, na introdução, episódios em que isso aconteceu em uma das mais altas Cortes brasileiras); ou (b.) fazer com que o julgador de um caso primeiro estenda a ele o regime típico de atuação de um particular, e depois tente identificar quais os pontos em que as regras e princípios de direito público poderiam limitar essa autonomia. Isso também permite às partes envolvidas em litígios oferecer todo tipo de argumento em razão dos quais um determinado valor ou princípio constitucional não deveria, em um determinado caso concreto, ser aplicado – identifiquei, na introdução, que esse tipo de manobra tem sido utilizado para afastar inclusive o princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos. Partir da Constituição em qualquer cenário e enquadrar qualquer instância de atuação na Administração como pública torna essas manobras argumentativas muito mais difíceis. No limite, serão as exceções às regras que precisarão ser construídas por via argumentativa – mas o ônus de demonstrar uma exceção ao princípio da publicidade quando ele é aplicado à atividade de um ente público é maior do que o ônus envolvido na demonstração da necessidade de sua aplicação à atividade de um espaço de autonomia privada.

O autor propõe que, em cada caso, a análise parta do texto constitucional, e a partir daí tire suas conclusões. Tal se daria principalmente pela vinculação da Administração aos princípios constitucionais, dos quais não poderia se desvencilhar quando bem entendesse.

Ao tratar da relação entre a Administração e o princípio da legalidade, Hiane propõe dois cenários diferentes, os quais variam de acordo com a interpretação dada ao mencionado princípio.

Primeiramente, ele trata de um cenário em que o princípio da legalidade fosse mais “realista”, determinando ao Congresso que tomasse decisões essenciais referentes às matérias por ele reguladas, e que essas mesmas decisões tivessem uma densidade mínima a fim de que as ações da Administração Pública pudessem ser controladas judicialmente. Ainda o Congresso deveria elencar, com máxima densidade, quais ferramentas seriam delegadas à Administração para atuar em cada uma das áreas, bem como os parâmetros que deveriam orientar sua ação.

Dentro desse cenário, entende o autor que a Administração deveria ter sempre a autorização legislativa para firmar cada diferente tipo contratual, e que essa autorização deveria indicar um conjunto de valores a nortear a ação da Administração na elaboração de cláusulas contratuais.

Ainda, a lei, com máxima densidade, deveria indicar as eventuais posições contratuais que poderiam ser adotadas pela Administração em seus contratos. Sendo assim, enquanto executasse atividade econômica, a Administração não poderia fazer uso de seus poderes exorbitantes, e deveria necessariamente precisar da autorização legal para utilizar-se da

arbitragem: “como a Administração, nesse modelo, não atua como se particular fosse, ela não pode utilizar a Lei nº 9.307/1996 e precisa de uma autorização específica para isso.”⁴⁵

Em um segundo cenário, Hiane adota o princípio da legalidade nos moldes norte-americanos, inserindo-o nos fundamentos do Direito Administrativo (ideia essa que hoje é reforçada pela inserção da legalidade no artigo 37 da Constituição Federal, e que se estende a toda a Administração).

Nesses moldes, a Administração só poderia assinar um contrato desde que fosse previamente autorizada a fazê-lo por meio de lei, a qual deveria conter *standards* que permitissem o controle da legitimidade do conteúdo das cláusulas contratuais pelos administrados. A Administração, no caso, não teria a liberdade de utilizar-se da autonomia privada, excetuadas as empresas públicas e sociedades de economia mista. Estas últimas, no entanto, não poderiam afastar de si os princípios da Administração Pública, “e, como seus atos constituiriam modalidade de ação pública, precisariam de autorização legislativa para poder recorrer à arbitragem.”⁴⁶

Mediante a análise aprofundada feita pelo autor em sua obra, bem como as conclusões a que chegou, vemos que a jurisprudência que tem permitido o uso de arbitragem em contratos administrativos tem agido de forma desencontrada, contrariando princípios constitucionais e criando regimes diferenciados para diferentes tipos administrativos a partir de exceções legais e autorizações. Ao considerar que a Administração agiria como se particular fosse, os julgados vistos anteriormente ignoraram princípios expressamente previstos na Constituição, os quais são aplicáveis a toda a Administração, inclusive às empresas públicas e sociedades de economia mista. Dentre esses princípios, destaca-se com mais força o princípio da legalidade.

Logo, segundo o exposto por Hiane, a fim de que os contratos administrativos possam seguir adequadamente o princípio da legalidade, a cláusula de arbitragem necessitaria ser expressamente autorizada pela lei (e isso foi constatado pelo autor nos dois cenários diferentes propostos por ele, partindo de diferentes visões do princípio da legalidade).

⁴⁵ MOURA, Mauro Hiane de. **A autonomia contratual da administração pública**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 449

⁴⁶ *Ibidem*, p. 450

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendemos que o instituto da arbitragem vem se tornando cada vez mais útil em nosso ordenamento, pois é um meio de resolução de conflitos que se adequa à nossa sociedade em constante mutação e à velocidade incrível com que ocorrem as trocas de informações e com que o conhecimento se acumula.

Ainda, com os efeitos da globalização fazendo-se sentir cada vez mais fortes, eliminando quaisquer fronteiras existentes entre as nações e criando apenas um único mercado global, o qual exige regras e legislação apropriadas, a arbitragem se mostra como um instrumento de resolução de controvérsias internacional, como já vinha se estabelecendo há séculos.

Não se trata aqui de negar ao Estado o acesso a tal instrumento, pois isso seria afastar o mesmo da atividade econômica, impedindo-o de contratar com empresas privadas e afastando potenciais investimentos. Em suma, a arbitragem garante ao Estado que, enquanto atuante no setor econômico, possa encontrar-se, se não no mesmo nível, ao menos a um nível mais semelhante àquele em que os particulares operam.

Como restou mencionado anteriormente, o Estado tem se tornado cada vez mais participante de atividades econômicas, envolvendo-se no sistema concorrencial em prol do relevante interesse coletivo e dos imperativos da segurança pública, como exposto no artigo 173 de nossa Constituição.

No entanto, não se pode ter em mente apenas os objetivos econômico-financeiros das empresas públicas e suas congêneres regidas pelo direito privado quando se trata da utilização da cláusula de arbitragem. Compreende-se que a Administração possa tratar de direitos patrimoniais e disponíveis em seus contratos, e que o procedimento arbitral é o meio mais eficiente de resolver conflitos em que estes estejam envolvidos, mas não se pode ignorar os princípios constitucionais para tanto.

No caso, ao se considerar como autorização genérica à utilização da arbitragem o artigo 173 da Constituição Federal, bem como o artigo 1º da Lei de Arbitragem, se está desconsiderando o princípio da legalidade, o qual se aplica igualmente a toda a Administração. Esse princípio determina que a atuação da Administração só se dará dentro dos limites estabelecidos pela lei, ou seja, ela só poderá fazer aquilo que a lei o permite. Enquanto a lei não possuir autorização para a utilização do instituto da arbitragem, o mesmo não poderá ser adotado pela Administração.

Já existem leis específicas que permitem o uso do juízo arbitral (concessões, parcerias público-privadas, empresas fornecedoras de energia), mas as mesmas não podem ser utilizadas como fundamento para que se estenda essa permissão a qualquer empresa pública que esteja lidando com direitos patrimoniais e disponíveis.

Conforme bem ressaltado por Mauro Hiane, e colocado igualmente nos julgados do TCU aqui apresentados, qualquer permissão de utilização de arbitragem fora das autorizações legislativas específicas, configuraria uma afronta ao princípio da legalidade.

Com esse panorama em mente, entendemos que a arbitragem não deve ser vedada à Administração, mas que deve sim ser regulada por lei, a fim de que não exista mais confusão jurisprudencial no que tange a esse tema, e que a lei deve dispor sobre quais contratos administrativos estariam livres para estabelecer cláusulas contratuais arbitrais.

De outra forma, permanecendo o sistema como presentemente se encontra, nos encaminhamos para um desrespeito total aos princípios que regem a Administração Pública, elevando os interesses próprios dos entes administrativos a um nível tal que possam driblar o princípio da legalidade a fim de serem satisfeitos.

REFERÊNCIAS

Artigos e livros

ARAÚJO, Helena Caetano de; PIRES, José Cláudio Linhares. Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, número 5, setembro/outubro de 2000. p. 9-28.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 3, nº 2, julho/dezembro de 2002. p. 49-58.

KUBOTA, Flavio Hiroshi. Análise acerca da utilização do instituto da arbitragem pela administração pública e em parcerias público-privadas. **Revista da AGU**, Brasília, ano IV, número 7, agosto de 2005. p. 131-137.

MARDEGAN, Herick. **Arbitragem e o direito empresarial: efetividade e adequação**. Curitiba: Juruá, 2010.

MOURA, Mauro Hiane de. **A autonomia contratual da administração pública**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

NOGUEIRA, Erico Ferrari. A arbitragem e sua utilização na administração pública. **Revista da AGU**, Brasília, ano VIII, número 21, julho/setembro de 2009. p. 125-141.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ**. Disponível em <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=5&artigo=731&l=pt>. Acesso em 10/06/2014.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Decisões judiciais

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 612.439/RS. Recorrente: AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. Recorrido: Companhia Estadual de Energia Elétrica CEEE. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 25 de outubro de 2005.

Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=589042&num_registro=200302124603&data=20060914&formato=PDF. Acesso em 25/06/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Mandado de Segurança nº 11.308/DF. Agravante: União. Agravado: TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 de junho de 2006. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=635893&num_registro=200502127630&data=20060814&formato=PDF. Acesso em 25/06/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 606.345/RS. Recorrente: AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. Recorrido: Companhia Estadual de Energia Elétrica CEEE. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 17 de maio de 2007. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=692782&num_registro=200302052905&data=20070608&formato=PDF. Acesso em 10/06/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 904.813/PR. Recorrente: Companhia Paranaense de Gás Natural - COMPAGAS. Recorrido: Consórcio Carioca Passarelli. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 20 de outubro de 2011. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099244&num_registro=200600381112&data=20120228&formato=PDF. Acesso em 25/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 005.250/2002-2 (TCU 584/2003). Entidade: Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE. Interessados: Federação Nacional dos Engenheiros-FNE, Deputados Federais João Paulo Cunha, Fernando Ferro, Walter Pinheiro e Eustáquio Luciano Zica. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. 10 de abril de

2003. Disponível em:

<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CAcord%5C20030425%5CTC%20005.250.doc> . Acesso em 25/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. AC-0537-07/06-2. Entidade: Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE, empresa pública vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Recorrentes: Federação Nacional dos Engenheiros – FNE –; Nordeste Generation Ltda.; Gebra – Geradora Brasileira de Energia Ltda.; Breitener Energética S.A.; Proteus Power Brasil Ltda.; Termocabo Ltda.; TEP – Termoelétrica Potiguar S.A.; Parnamirim Energia S.A.; Destilaria JB Ltda.; CGE – Ceará Geradora de Energia S.A.; Enguia Gen BA Ltda.; Enguia Gen CE Ltda.; Enguia Gen PI Ltda.; Giasa S.A.; Termoelétrica Itaenga Ltda.; Engebra – Empresa de Energia Elétrica do Brasil Ltda.; Cummins Brasil Ltda.; e Companhia Energética de Petrolina. Relator: Walton Alencar Rodrigues. 14 de março de 2006. Disponível em:

<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20060328/TC-005-250-2002-2.doc> . Acesso em 25/06/2014.

Diplomas legais

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25/06/2014.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 25/06/2014.

BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 25/06/2014.

BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 25/06/2014.

BRASIL. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 25/06/2014.

BRASIL. Lei nº 10.848 de 15 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm>. Acesso em: 25/06/2014.

BRASIL. Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 25/06/2014.

BRASIL. Lei nº 11.196 de 21 de novembro de 2005. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm>. Acesso em: 25/06/2014.