

Arbitragem e Estado¹

Paulo Osternack Amaral²

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Argumentos de ordem constitucional; 3 – Argumentos de ordem infraconstitucional e infralegal; 4 – Casuística.

1. Introdução

Arbitragem é um mecanismo alternativo (ou, mais modernamente, adequado) de soluções de controvérsias por meio do qual as partes, no âmbito da autonomia da vontade, escolhem um ou mais particulares para resolver o seu litígio.

Para atuar como árbitro, não é preciso que o sujeito goze de características excepcionais. Basta que seja capaz e de confiança das partes. Não precisa ter formação jurídica, nem mesmo é necessário ter curso superior. Claro, quando se trata de um litígio especializado, de uma controvérsia mais complexa, é natural que se procure alguém com capacidade técnica superior à que encontraríamos, por exemplo, no Poder Judiciário.

Não existe arbitragem obrigatória no Brasil. A utilização do mecanismo é convencional. Isso não significa que as partes possam escolher não se submeter a uma arbitragem já convencionada. A ideia central aqui é a seguinte: as pessoas só saem da arbitragem da forma que entram (de forma convencional). Logo, se uma cláusula arbitral foi validamente firmada, as partes estão vinculadas a ela. Só poderão ir ao Poder Judiciário, caso haja um consenso também nesse sentido.

1 O presente texto consiste em transcrição de palestra proferida no 49º Curso de Atualização Jurídica, promovido pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, na cidade do Guarujá-SP, em 20/09/2013.

2 Advogado em Curitiba, professor de Pós-Graduação, Doutorando e Mestre em Direito Processual pela USP.

Há três requisitos para que um conflito seja submetido validamente à arbitragem. A capacidade contratual, no âmbito subjetivo; e a patrimonialidade e a disponibilidade do direito, no plano objetivo. É o que se extrai da interação da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) e do Código Civil (artigos 851 e 852), que compõem a legislação geral sobre arbitragem no Brasil.

A parte mais sensível ao tema da Arbitragem envolvendo o Estado é a questão da disponibilidade.

A partir disso, a minha ideia não é subverter nenhum dogma, nenhum princípio do direito administrativo, mas trazer apenas algumas ponderações, algumas reflexões que me atormentam, de alguma forma, há muitos anos. Pretendo compartilhar certas inquietações sobre pontos polêmicos extraídos de situações concretas envolvendo a arbitragem e o Poder Público.

Tomo a liberdade de fazer uma relação dos pontos que me parecem mais sensíveis a respeito do tema e que ainda geram alguma perplexidade – seja na doutrina, seja na jurisprudência.

Dividi tais pontos, sistematicamente, em argumentos de ordem constitucional, de ordem infraconstitucional, e argumentos de ordem infralegal. Todos esses argumentos já foram utilizados, em algum momento, para tentar impedir uma arbitragem em caso concreto. Não se trata, portanto, de uma cogitação em tese; são reflexões a partir de experiência prática.

2. Argumentos de ordem constitucional

O primeiro aspecto é o que trata da indisponibilidade no âmbito constitucional. Há um princípio que é carregado com muito vigor pelo professor Celso Antonio Bandeira de Mello, que é o da “supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o particular”. Segundo tal princípio, os interesses do Estado se sobrepõem, em qualquer hipótese, sobre os interesses particulares em razão de o Poder Público sempre perseguir o interesse público. Como o interesse público é indisponível, não cabe a ninguém transigir em relação a ele. Logo, como o Estado sempre busca o interesse público, o qual é indisponível, os seus interesses devem sempre se sobrepor ao interesse particular. Por uma série de motivos, a meu ver, além de não encontrar respaldo na Constituição, esse

argumento está superado. Sintetizarei da seguinte forma: se esse entendimento fosse correto, seria impossível que um particular fosse titular de direitos em face do Estado. Não existiria, então, um interesse particular que se sobrepusesse ou que pudesse ser oposto ao Estado. Portanto, essa supremacia do interesse público é, no meu modo de ver, mal interpretada. Não é um conceito errado – seria muita ousadia dizer isto. É um conceito mal interpretado, mal aplicado.

O interesse público buscado pelo Estado não equivale a interesses egoísticos da Administração, normalmente de natureza fazendária. Mas o que é então interesse público? Poderíamos discutir muito aqui a esse respeito, pois na prática tal conceito vem sendo utilizado como justificativa para qualquer atuação estatal. Serve, por exemplo, para motivar a revogação de uma licitação ou justificar a publicação de um ato convocatório. Torna-se uma expressão “curinga” que justifica tudo, a todo o momento e a cada instante – mas sempre em favor do Estado. Tal manipulação do conceito conduziu o professor Marçal Justen Filho, há cerca de uma década, a questionar doutrinariamente essa expressão. A conclusão a que ele chega é que não existe o interesse público, pois é um conceito destituído de conteúdo. O interesse público não diz nada. O que existem são “interesses públicos”, que são ponderados concretamente de modo que se defina qual prevalecerá em determinada situação.

Mas, então, o que é esse princípio da supremacia do interesse público? A interpretação dada pelo professor Marçal é de que se trata, na verdade, da “supremacia dos direitos fundamentais”. É uma supremacia dos valores fundamentais assegurados pela Constituição. Esses não podem ser transacionados. Esses, sim, devem ser sempre concretizados. E é isso que busca o Estado: promover a concretização dos direitos fundamentais. Há anos os Tribunais Superiores passaram a adotar tal interpretação.

Portanto, não me parece que se o Estado participar de uma arbitragem ele deixará de promover os direitos fundamentais. Muito pelo contrário.

A indisponibilidade também pode ser enfocada sob a perspectiva da disposição de bens públicos. E aqui reside uma premissa fundamental: quando adota a arbitragem, o Estado não abre mão de nada. Não dispõe do patrimônio estatal. Apenas optará por outro método de solução de

controvérsias, igualmente obediente aos princípios do contraditório, da ampla defesa e todos aqueles princípios constitucionais do processo. Assim, a questão se resolve da seguinte forma: toda vez que não estivermos diante de um caso que envolva intervenção judicial necessária, caberá, sim, arbitragem³. Logo, todas as vezes que for possível a resolução extrajudicial do litígio, diretamente pelas partes, será admissível a arbitragem.

Passo rapidamente pelo argumento consistente na necessidade de autorização legislativa específica como pressuposto para a validade de uma arbitragem envolvendo o Estado. Entendo que o respaldo legal é necessário. Contudo, é improcedente o posicionamento que exige a arbitragem somente se houver lei específica (para cada espécie de contrato ou para determinado tipo de litígio). Parece-me, e essa é a minha opinião, que a exigência de lei especial é uma interpretação muito restrita do princípio da legalidade de que trata o artigo 37 da Constituição. Não é possível extrair desse dispositivo a exigência de lei específica para que o gestor público possa submeter determinado litígio à arbitragem. Essa visão estrita do princípio da legalidade é compatível com o direito tributário, no meu modo de ver, ou com outras questões que exijam essa interpretação, inclusive, por definição legal. O regramento geral que indiquei no início, Código Civil e Lei de Arbitragem, é mais do que suficiente para autorizar o cabimento de arbitragem nos contratos públicos. Afinal, o artigo 1º afirma que: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”. Não fala em “pessoas privadas”, mas apenas “as pessoas”. Aqui estão incluídas pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas. Reparem que, na prática, para evitar esse tipo de discussão, o legislador dedicou-se a contemplar autorização legislativa para o cabimento de arbitragem nas mais variadas espécies de contratos públicos. Então, a Lei de concessões de 1995, que originalmente dispunha que o contrato poderia prever métodos de solução amigáveis, foi alterada para contemplar autorização expressa de arbitragem em seu artigo 23-A. Mais adiante, a Lei de Parcerias Público-Privadas também trouxe previsão legal específica de arbitragem, o que de resto também é encontrado em diversas leis setoriais.

3 Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle, São Paulo: Fórum, 2011, *passim*.

3. Argumentos de ordem infraconstitucional e infralegal

Em relação aos argumentos infraconstitucionais, há quem sustente que não caberia arbitragem nos contratos públicos em razão do artigo 55, § 2º, da Lei de Licitações, que define a cláusula de eleição de foro judicial como obrigatória nos contratos administrativos. Tal obrigatoriedade do foro judicial excluiria a opção pela via arbitral. Contudo, a interpretação vencedora, majoritária hoje, entende que a cláusula arbitral convive harmonicamente, em um contrato administrativo, com a cláusula de eleição de foro. Cada cláusula possui uma finalidade diferente. Quando surge um litígio que envolva direitos patrimoniais e disponíveis, incidirá a convenção arbitral e a controvérsia será submetida à arbitragem. No entanto, surgindo um litígio, por exemplo, sobre direito indisponível ou que exija a imposição de ato de força, a parte interessada deverá ingressar no Poder Judiciário, observando-se o foro eleito na cláusula de eleição.

Passo agora a tratar do “caso Compagás”. No meio arbitral existe esse hábito de dar apelido aos casos e isso nem sempre é o mais adequado. Esse caso ficou conhecido como “caso Compagás”, o que é uma injustiça, pois a Compagás foi, ao final, derrotada. Então, devia ser o caso “Carioca-Passarelli”, que foi o Consórcio vencedor da arbitragem. Peço licença para falar duas palavras sobre esse caso, que é paradigmático e nos permite uma série de reflexões. Basicamente, é um caso em que houve uma série de imputações para se invalidar a arbitragem e o Judiciário, por sua vez, reconheceu a validade da arbitragem e o prestígio à boa-fé. Essa decisão a que faço menção foi proferida pelo extinto Tribunal de Alçada do Paraná (Apel. Cív. 247.646-0) e examinou controvérsia derivada de contrato de distribuição de gás canalizado, executado pelo Consórcio após vitória em licitação pública promovida pela Compagás (sociedade de economia mista). Posteriormente, o contrato administrativo sofreu desequilíbrio econômico-financeiro. Não havia cláusula arbitral no contrato, tampouco previsão de arbitragem no edital. O que as partes fizeram? Firmaram um compromisso arbitral e a Compagás deu início à arbitragem.

O Consórcio defendeu-se e formulou pedido de pagamento contra a Compagás. Quando foi entregue o laudo pericial ficou evidente que o Consórcio venceria a arbitragem. O que fez a Compagás? Ingressou

com ação no Judiciário, antes mesmo da prolação da sentença arbitral. Pretendeu invalidar a arbitragem, que ela mesma havia iniciado. O árbitro indicado pela Compagás recusou-se a sentenciar. Nesse ínterim, os outros dois árbitros sentenciaram em favor do Consórcio. Proferiram uma decisão por maioria. Diversos temas foram discutidos no Poder Judiciário, tais como a possibilidade de a Administração Pública firmar compromisso arbitral, a eventual necessidade de previsão de arbitragem no edital, o poder da Administração de invalidar administrativamente o compromisso arbitral, a admissibilidade de uma arbitragem *ad hoc* (sem a administração do litígio por um órgão arbitral), a validade do julgamento por maioria e a compatibilidade da arbitragem com a cláusula de eleição de foro.

Não teremos tempo de examinar todas essas questões pormenorizadamente. Todavia, registro que o Judiciário paranaense afastou todas as alegações da Compagás e reconheceu a plena validade da arbitragem. O tema foi então submetido ao Superior Tribunal de Justiça e a Ministra Nancy Andrighi (REsp 904.813/PR) chancelou o entendimento do extinto Tribunal de Alçada.

Trata-se, portanto, de precedente relevante, que evidencia a admissibilidade pelo Judiciário em relação à participação da Administração Pública em arbitragem.

Com relação ao Tribunal de Contas da União, observa-se uma tendência em exigir lei especial para o cabimento de arbitragem em contratos públicos. É o que se extrai do Acórdão 537/2006-TCU, por exemplo. O que fez a maior parte da doutrina? Insurgiu-se fortemente contra esse entendimento, demonstrando o seu desacerto. Isso influenciou também o legislador, que se dedicou então a criar leis especiais, além de incluir na legislação existente previsão de arbitragem nos mais diferentes contratos, nos que eram mais comuns. Portanto, esse entendimento restritivo do TCU passou a ser aplicado de forma residual, apenas aos poucos casos em que não existia lei especial. Qual foi a segunda investida do TCU? Apelou para leis setoriais. Então, em 2012, o Plenário do TCU proferiu decisão que tornou inaplicável a arbitragem com relação às questões econômico-financeiras do contrato de concessão, haja vista que dispõe o artigo 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001 (Acórdão 2.573/2012). O que determina esse dispositivo? Confere atribuição para a ANTT promover

revisão e reajuste de tarifas. Somente isso. Não afirma que está vedada a arbitragem. Tampouco atribui competência exclusiva à ANTT para resolver litígios extrajudicialmente. Consigna apenas que, no âmbito interno da ANTT, a discussão será conduzida por determinado órgão da Agência. Essa decisão também caiu no vazio, pois rapidamente a comunidade jurídica definiu isso como “um tiro na água”. A última investida do Plenário do TCU ocorreu em agosto de 2013 (Acórdão 2.145/2013). O contrato examinado pelo TCU tratava da construção de plataformas pela Petrobras. Tal acórdão afirma que existem duas condições para que caiba a arbitragem nesse contrato da Petrobras: (i) que a Petrobras esteja desempenhando sua atividade-fim e (ii) que verse sobre questões técnicas. A Petrobras afirma que atividade-fim é a produção de combustível, distribuição, etc. Esse contrato aqui versava sobre atividade-meio, dizia ela, construção de plataforma. E a construção de plataforma, portanto, escaparia ao âmbito da arbitragem. Com todo o respeito, isso não está correto. Nesse caso, o TCU definiu o cabimento da arbitragem pela natureza do contrato, pela natureza do serviço. Se isso fosse verdadeiro, jamais caberia arbitragem em um contrato de concessão. Afinal, o serviço lá prestado é de natureza pública. Não é uma atividade privada, como exige o TCU nesse caso. Insisto que o conteúdo do contrato é irrelevante para fins de cabimento de arbitragem. O dado fundamental é a natureza do litígio que surja desse contrato. Lembremos: se a controvérsia versar sobre direitos patrimoniais e disponíveis, ela poderá ser resolvida por arbitragem, independentemente da natureza do contrato ou do serviço.

Com isso, vislumbro uma admissibilidade contida pelo Tribunal de Contas, no seguinte sentido: cabe arbitragem, desde que haja lei específica. Todo o resto é derivação dessa assertiva, sempre com o objetivo de encontrar um subterfúgio para impedir a arbitragem.

Em relação aos temas infraconstitucionais e infralegais, entendo que não precisa ter previsão no edital, até porque nem todo contrato administrativo pressupõe um edital – basta recordar as hipóteses de contratação direta. Mas ainda que assim não fosse, não me parece que seja necessário esse tipo de previsão constar desde o início da contratação. No meu modo de ver, isso não influi na formulação das propostas. Não enseja nenhuma situação de vantagem a quem quer que seja na licitação. Não prejudica a isonomia sob nenhum aspecto.

A confidencialidade também é um ponto invocado, mas que não é suficiente para impedir a arbitragem. A restrição à publicidade na arbitragem é convencional, é uma faculdade. Logo, basta que se convençione afastá-la no caso concreto para que o processo arbitral – de que o Estado faça parte – prossiga validamente.

Indo adiante, não me parece que a prévia definição dos temas arbitráveis na cláusula compromissória seja uma técnica adequada. Muito embora a intenção seja sempre conferir segurança às partes e aos árbitros, a prática demonstra que tal método gera mais dúvidas que certezas.

4. Casuística

Por fim, passo a algumas provocações para então encerrar a minha apresentação. Primeira: um caso famoso em São Paulo, em que houve impetração de Mandado de Segurança pelo Metrô contra decisão de árbitro. A questão foi submetida ao Poder Judiciário que, surpreendentemente, deferiu liminar para determinar que os árbitros produzissem uma determinada prova na arbitragem. Houve agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que casou a liminar por falta de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (AI 990.10.284191-0). Nesse caso, não houve exame do cabimento de mandado de segurança contra decisão arbitral. Todavia, o caso permite algumas indagações. Cabe mandado de segurança contra decisão de árbitro? Ou, antes disso: qual é a natureza da atividade desempenhada pelo árbitro? Lembrem que só cabe mandado de segurança contra ato de autoridade pública ou de quem lhe faça as vezes. Então, pergunto a vocês: o árbitro desempenha função pública? Segundo: quem seria o réu desse mandado de segurança? Sintetizo as minhas reflexões da seguinte forma: o árbitro presta um serviço privado. É um sujeito privado que resolve as controvérsias no âmbito privado por meio de um poder privado que lhe foi conferido pelas partes. Não desempenha atividade pública por delegação. Tampouco integra a estrutura estatal. Portanto, não me parece possível qualificar o árbitro como autoridade coatora e as suas decisões não são impugnáveis por mandado de segurança.

Para que não pareça uma cogitação em tese, trago para vocês um precedente que enfrentou o tema do cabimento de mandado de segurança para impugnar decisão arbitral. Trata-se também de um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se afirmou expressamente não ser possível equiparar a atividade pública com a atividade desempenhada pelo árbitro (Apel. Cív. 0120145-96.2011.8.26.0100).

E, por fim, submeto dois temas para reflexão. Considerando que em uma arbitragem, envolvendo o Poder Público, o árbitro deverá julgar de acordo com a lei – jamais por equidade – pergunto: o árbitro está vinculado à orientação contida em súmula vinculante ou à decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade pelo STF? Entendo que não. O árbitro não se submete à súmula vinculante e não se submete à decisão vinculante obtida em controle concentrado pelo STF. O caráter vinculante vincula quem? Órgãos judiciários e Administração Pública. O árbitro está dentro de alguma dessas? Não. Assim, caso o árbitro não aplique a determinação do STF, isso não implicará a nulidade da sentença arbitral, tampouco viabilizará a propositura de reclamação ao Supremo.

Quando as partes escolhem ir para uma arbitragem, significa que elas não querem uma decisão estatal. Elas não querem a interpretação do Supremo, não desejam a interferência do Judiciário naquele litígio. Há hipóteses típicas de controle da sentença arbitral, porém apenas quanto à sua validade. O mérito da arbitragem jamais será examinado pelo Judiciário. Todavia, se a sentença arbitral for impugnada no Judiciário por meio de ação anulatória, o juiz terá que aplicar as orientações contidas em súmula vinculante e os pronunciamentos tomados em controle concentrado pelo STF. Mas reparem que só indiretamente o posicionamento do Supremo influirá na arbitragem. A orientação do STF terá que versar sobre uma questão procedimental, de validade. Se o pronunciamento do STF versar sobre a questão de mérito da arbitragem, a aplicação de tal orientação será facultativa ao árbitro, cujo descumprimento não ensejará revisão pelo Poder Judiciário.

