

Breve análise sobre a arbitragem em conflitos que envolvem o Estado

Marcelo José Magalhães Bonicio¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Hipóteses de arbitragem nos conflitos estatais especificamente previstas em lei; 3. Questões polêmicas a respeito da arbitragem nos conflitos estatais; 4. Síntese conclusiva.

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar, ainda que superficialmente, as hipóteses em que a arbitragem, prevista na Lei 9.307/96, pode ser aplicada a conflitos que envolvem o Estado.

Empreendimento desta natureza ensejaria, obviamente, um estudo mais aprofundado e completo do que este, mas uma análise breve da dimensão da aplicação da arbitragem aos conflitos que envolvem o Estado pode servir para lançar luzes sobre esse campo da atividade estatal ainda sujeito a muitas dúvidas e questionamentos².

1 Procurador do Estado de São Paulo – Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela USP – Professor Doutor da USP/Largo São Francisco – Pós-doutorando pela Universidade de Lisboa – Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto dos Advogados de São Paulo.

2 Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, aponta Gustavo Justino de Oliveira a atenção que vem sendo dada por vários autores pátrios no artigo “*A arbitragem e as parcerias Público-Privadas*”, In Carlos Ari Sundfeld (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011, fls. 598/599. São eles: Joaquim Simões Barbosa e Carlos Affonso Pereira de Souza, “Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida”, in Ricardo Ramalho Almeida, *Arbitragem Interna e Internacional: Questões de Doutrina e Prática*, Rio de Janeiro, Renovar

É natural que os conflitos que envolvem o Estado sejam sempre de interesse público, não só porque envolvem o patrimônio público, mas também porque a solução judicial do litígio costuma repercutir na esfera política, econômica e social do Poder Público.

Essa preocupação com os litígios que envolvem o Estado já estava presente na época das Ordenações do Reino.³

2003, pp.267-291; Adilson Abreu Dallari, “Arbitragem na concessão de serviço público”, Revista de Informação Legislativa 128/63-67, Ano 32, Brasília, outubro-dezembro/1995; Eros Roberto Grau, “Arbitragem e contrato administrativo”, RTDP 32/14-20, São Paulo, Malheiros Editores, 2000; Ada Pellegrini Grinover, “Arbitragem e prestação de serviços públicos”, RDA 233/377-385, Rio de Janeiro, julho setembro/2003; José Alexandre Tavares Guerreiro, “Arbitragem nos contratos com o Estado: Direito Brasileiro e Direito Comparado”, *Seminário Internacional sobre Direito Arbitral 1*, Trabalhos Apresentados. Belo Horizonte, Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003, pp. 294-304; Claudio Vianna de Lima, “A lei de Arbitragem e o art. 23, XV da lei de Concessões”, RDA 209/91-104, Rio de Janeiro, julho/setembro/1997; Mauro Roberto Gomes Mattos, “Contrato administrativo e a Lei de Arbitragem”, RDA 223/115-131, Rio de Janeiro, janeiro/março/2001; Suzana Domingos Medeiros, “Arbitragem envolvendo Estado no Direito Brasileiro”, RDA 233/71-101, Rio de Janeiro, julho/setembro 2003; Diogo Figueiredo Moreira Neto, “Arbitragem nos contratos Administrativos”, RDA209/81-90, Rio de Janeiro, julho/setembro de 1997; Carlos Pinto Moreira Coelho Mota, “Arbitragem nos contratos administrativos”, *Boletim de Direito Administrativo/BDA* 13-10/672-676, São Paulo, outubro 1997; Leon Fredja Szklarski, “Arbitragem e os contratos administrativos” RDA 209/105-107, Rio de Janeiro, julho/setembro 2007/1997; Caio Tácito, “Arbitragem nos litígios administrativos”, RDA 210/111-115, Rio de Janeiro, outubro/dezembro/1997; Carmen Tiburcio, “A Lei de Arbitragem e a pretensa inconstitucionalidade de seu art. 7º”, RDA 218/175-196, Rio de Janeiro, outubro/dezembro/1999. Após 2005, cf.: Onofre Alves Batista Junior, *Transações Administrativas*, São Paulo, Quartier Latin 2007; Cristiane Dias Carneiro, “Adoção de cláusulas de arbitragem nos contratos de administração pública, e em especial, pelas estatais”, In Marcos Juruena Vilella Souto (coord.), *Direito Administrativo Empresarial*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 207-228, Cassio Telles Ferreira Netto, *Contratos Administrativos e Arbitragem*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008; Jefferson Carús Guedes, “Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da fazenda Pública”, In Jefferson Carús Geuedes e Luciane Moessa Souza (coords.), *Advocacia de Estado: Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli*, Belo Horizonte, Fórum, 2009, pp. 243-272; Selma Lemes, *Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*, São Paulo, Quartier Latin, 2007; Eduardo Talamini e César Augusto Guimarães Pereira (coords.), *Arbitragem e Poder Público*, São Paulo, Saraiva, 2010, Joanathan Barros Vita, “O desenvolvimento continuado de uma nova visão da interação entre arbitragem e o Poder Público” In Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado (coords.), *Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp.199-220.

3 A antiga apelação ex officio, prevista no art. 90 da Lei de 4-10-1831, atualmente chamada de “reexame necessário”, é reafirmada no art. 1.526 da Consolidação Ribas de 1876, pelo CPC de 1939 (art. 822, parágrafo único, III) e pelo CPC atual (art. 475), é um dos bons exemplos que podem ser encontrados a respeito dessa preocupação com os litígios que envolvem o Estado. Sobre o tema, v. Alfredo Buzaid. In *Da apelação ex officio no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo, 1951. Na doutrina contemporânea, v. José Carlos Barbosa Moreira. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública. In *Temas de direito processual*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 199-210.

Mas em nenhum momento relevante da história processual brasileira o legislador estabeleceu qualquer “reserva de jurisdição” ao Estado, ou seja, ao contrário do que ocorre com as aplicações de penas decorrentes da prática de crimes, que só podem decorrer de sentenças judiciais, a resolução de litígios em matéria civil, mesmo aqueles que tenham o Estado como uma das partes, não exige a instauração de um processo judicial.

Daí porque, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais, o Estado pode, nos limites da lei, celebrar acordos ou transações e, em determinados casos, ao invés de litigar judicialmente, aceitar a arbitragem como meio mais adequado de solução de certos litígios.

A escolha da arbitragem, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, não significa que o Estado esteja *dispondo* de alguma coisa, porque a indisponibilidade de seus direitos pertence ao campo do direito material, não ao campo processual.

Sabendo que a arbitragem pode ser o meio mais adequado para resolver o litígio, resta ao Estado verificar se a escolha desse meio é conveniente aos seus interesses, porque a arbitragem tem como pressuposto fundamental a autonomia de vontade das partes, o que significa que ninguém, muito menos o Estado, está *obrigado*⁴ a aceitar a instauração da arbitragem.

Após a escolha da arbitragem para a solução de um determinado litígio, compete ao Estado verificar que o direito material envolvido nesse litígio é disponível, porque, nos termos da regra prevista no art. 1º da Lei de Arbitragem, somente os “direitos patrimoniais disponíveis” é que podem ser resolvidos pelo árbitro.

São disponíveis aqueles direitos materiais que podem ser objeto de transação pelos litigantes, ou, em outras palavras, “quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente

4 No sistema português, a arbitragem de conflitos que envolvem o Estado é expressamente permitida em lei, conforme previsto na regra contida no art. 1º, nº. 5, da nova Lei de Arbitragem portuguesa (nº. 63/2011). Sobre o tema, inclusive quanto à possibilidade de imposição da arbitragem ao Estado, v. Mariana França Gouveia. In *Curso de resolução alternativa de litígios*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 117-129. No sistema francês, a respeito da arbitragem em alguns conflitos que envolvem o Estado, v. Serge Guinchard, Cécile Chainais e Frédérique Ferrand. In *Procédure civile: droit interne et droit de l'Union européenne*. 31ª ed. Paris: Dalloz, 2012, pp. 1444-1445. Na Itália, diversas regras permitem a utilização da arbitragem em litígios que envolvem o Estado, conforme observa Paulo Osternack Amaral (op. cit. p. 76).

impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência”.⁵

No tópico seguinte, a partir das premissas aqui fixadas, de que o Estado pode, se quiser, submeter seus litígios patrimoniais à arbitragem, serão elencadas as hipóteses em que a lei permite expressamente que isso ocorra.

2. Hipóteses de arbitragem nos conflitos estatais especificamente previstas em lei

Em princípio não é necessário que a lei diga em qual hipótese o Estado pode se submeter à arbitragem, porque a própria Lei de Arbitragem, ao não excluir o Estado, já é suficiente para permitir que isso ocorra.⁶

No Estado de Minas Gerais, no entanto, foi editada a recente Lei nº 19.477/11, que dispõe sobre a “adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências”.

Antes disso, no âmbito federal, a Lei de Concessões (nº. 8.987/95, art. 23-A), a Lei de Parcerias Público-Privadas (nº. 11.079/04, art. 11, inciso III), a Lei de Petróleo de Gás (nº. 9.478/97, art. 43, inciso X), a Lei de Transportes Aquaviários e Terrestres (nº. 10.233/01, art. 35, XVI, e 39, XI), a Lei de Transporte de Gás Natural (nº 11.909/09), também já permitem a arbitragem em litígios que envolvem o Estado.

Em questões mais específicas, há outras leis nesse mesmo sentido: Lei de Portos (nº 8.630/93, art. 23, §§ 1º ao 3º); Lei nº 10.438/02, art.

5 São palavras de Carlos Alberto Carmona. In *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. Há muitas perspectivas que podem ser utilizadas para medir o grau de interesse público existente em cada litígio que o Estado está envolvido. Em geral, a doutrina entende que os direitos meramente patrimoniais são, em regra, disponíveis. Sobre o tema, v. Selma Lemes. In *Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 123-149, e Carlos Alberto de Salles (org.). *Processo civil de interesse público*. In *Processo civil e interesse público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 40-77.

6 Nesse sentido, v. Paulo Osternack Amaral. In *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 61-70. Esse mesmo autor, no entanto, adverte que o tema não é pacífico (idem, pp. 56-60). Para Carlos Alberto de Salles, por exemplo, é preciso que exista uma lei específica permitindo a escolha da arbitragem pelo Estado. In *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Método, 2011, p. 10. Eros Roberto Grau, no entanto, já manifestou entendimento contrário: “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração Pública, sem que isso importe em disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem. Arbitragem e contrato administrativo. In *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32 (2000), p. 20.

4º, § 5º, inciso V (contratos de aquisição de energia); Lei nº 10.848/04, art. 4º, §§ 4º e 5º (sobre o estatuto da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica); Lei nº 9.472/97 (telecomunicações); Lei nº 11.668/08 (franquias postais); Lei nº 11.442/07, art. 19 (transportes rodoviários).⁷

Convém deixar claro que, se não é obrigatória a existência de lei específica, não há como fugir ao entendimento de que afigura-se *melhor* que exista uma lei, não só para disciplinar os limites da arbitragem, mas também para dar maior segurança ao administrador público que decidirá pela utilização dessa arbitragem.⁸

3. Questões polêmicas a respeito da arbitragem nos conflitos estatais

A possibilidade de utilização da arbitragem pelo Estado, aqui estudada superficialmente,⁹ ainda é um campo a ser explorado, principalmente porque costuma despertar dúvidas e inquietações relevantes ao ser posta em prática.

A escolha dos árbitros, por exemplo, parece dispensar licitação, não só porque o árbitro não presta serviço ao Estado, mas também porque a escolha desse árbitro precisa da anuência dos demais litigantes.

Além disso, é discutível a transposição pura e simples para a arbitragem das prerrogativas que a Fazenda Pública tem em juízo, como a contagem diferenciada dos prazos e a eventual exigência de intimação pessoal, embora, no caso concreto, nada impede que o árbitro leve em consideração as peculiaridades das partes para dimensionar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Também será relevante saber se poderá haver liminar contra o Estado na arbitragem, pois há regras que limitam essa possibilidade na esfera

7 Resenha feita por Carlos Alberto de Salles. Op. cit., p. 237-243.

8 O Tribunal de Contas de União já se manifestou desfavoravelmente à aplicação da arbitragem aos conflitos que envolvem o Estado, conforme se vê na conhecida Decisão nº. 286/93, proferida antes da vigência da Lei de Arbitragem, mas reforçada nos julgamentos seguintes a respeito desse mesmo tema (584/03), especialmente pela falta de regra expressa nesse sentido (1.271/05).

9 Não se cogita, no presente estudo, da arbitragem utilizada pelas empresas públicas ou pelas sociedades de economia mista que, por atuarem com os mesmo poderes e deveres da iniciativa privada, estão cotidianamente submetendo seus conflitos à arbitragem. A jurisprudência, aliás, tem sido bastante favorável a essa possibilidade, conforme se vê, por exemplo, nos seguintes julgamentos: REsp 612.439-RS; REsp 606.345/RS; e MS 11.308-DF.

judicial, tal como aquela prevista no art. 7º, § 2º, da Lei 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança), e também será importante saber, uma vez admitidas essas liminares, se será possível a utilização do agravo e do pedido de suspensão de segurança, que são meios de impugnação de decisões judiciais.

Por último, deixando de lado questões aparentemente secundárias, tais como a utilização das regras nacionais, a exigência de adoção da língua portuguesa, a proibição de julgamento por equidade e a impossibilidade de utilização da confidencialidade, dentre várias outras, é preciso saber se, na hipótese de condenação da Fazenda Pública, será obrigatório que o pagamento ocorra por meio de precatórios,¹⁰ e se, nas licitações em geral, será preciso que o edital de abertura estabeleça previamente a possibilidade de adoção de arbitragem nos conflitos que eventualmente surgirão em decorrência do cumprimento dos chamados “contratos administrativos”.¹¹

4. Síntese conclusiva

A utilização da arbitragem pelo Estado, conforme já foi afirmado, ainda é uma página em branco, cujo correto preenchimento dependerá do bom senso do legislador, do administrador público e também dos árbitros, advogados e juízes que forem chamados a trabalhar nesse campo.

As ideias e opiniões aqui ventiladas, para dizer o mínimo, ainda carecem de algum amadurecimento, e este estudo pode servir justamente para intensificar o debate que já vem sendo feito pela doutrina brasileira em torno desse relevante tema.

10 Em princípio, não parece ser possível afastar o sistema de precatórios da arbitragem. A Constituição da República, em seu artigo 100, não abre exceções, e a Lei de Arbitragem, embora produza decisões “equiparadas” às judiciais (art. 475-N, inciso IV, do CPC), não confere nenhuma vantagem nesse ponto àquele que for reconhecido como credor da Administração Pública.

11 Carlos Alberto de Salles entende que é preciso que o edital de abertura da licitação preveja a arbitragem (in *Arbitragem em contratos administrativos*, op. cit., pp. 270-271), mas em sentido contrário posiciona-se Paulo Osternack Amaral (op. cit. pp. 77-80). Parece correto que, embora não seja obrigatório que o edital mencione a possibilidade de arbitragem, é *melhor* que isso ocorra, porque a concordância com a instauração da arbitragem do vencedor da licitação já fica registrada e haverá uma possível “diminuição de riscos” aos licitantes em virtude da “celeridade e maior tecnicidade dos julgamentos arbitrais” (idem, p. 80). Aliás, não custa lembrar que a existência da previsão de arbitragem nos editais de licitação pode atrair propostas economicamente mais vantajosas para a Administração Pública, mas isso não parece significar que, após a celebração do contrato administrativo, diante do aparecimento de uma controvérsia, o Estado não possa se valer da arbitragem para solucionar o conflito simplesmente porque o edital não previa essa possibilidade.

Apenas para relembrar, é importante fixar que arbitragem não é, propriamente, um meio alternativo de solução de conflitos, mas, sim, uma *técnica* de solução de conflitos que, em determinadas circunstâncias, tende a ser a mais *adequada*,¹² pois uma de suas vantagens é a potencial produção de decisões mais próximas da realidade do que aquelas que podem ser produzidas pelo Poder Judiciário, principalmente porque dificilmente encontraremos um juiz que tenha profundo conhecimento de uma determinada questão técnica envolvida num litígio, enquanto que, na arbitragem, o árbitro pode ser, por exemplo, um engenheiro ou médico especializado nessa questão técnica.

É a partir dessa premissa que parece ser possível, ou recomendável, a escolha da arbitragem pelo Estado,¹³ desde que se trate de litígio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

Em determinadas circunstâncias, a arbitragem poderá ser muito mais conveniente, ou eficiente, do que o sistema judicial, seja por razões econômicas, como aquelas já ventiladas no presente estudo, ou até mesmo por motivos políticos ou sociais, tais como a maior agilidade no cumprimento das obrigações que assumiu, a melhora de sua credibilidade perante a sociedade ou frente a organismos internacionais, e a óbvia diminuição de sua litigiosidade perante os Tribunais.

Convém deixar claro, por último, que a arbitragem também possui desvantagens, como o alto custo de suas despesas e do valor cobrado pelos árbitros, e que está longe de ser uma técnica ideal de solução de conflitos, sejam estatais ou não, mas isso não pode significar que a sua adoção deva ser *sempre* repudiada pela Administração Pública, até porque, em atendimento ao princípio constitucional da eficiência, conforme já foi visto no presente estudo, eventualmente a arbitragem pode ser o meio mais adequado de solução de um determinado conflito que envolva o Estado.

12 Cfr. Carlos Alberto Carmona. In *Arbitragem e processo*. Op. cit., p. 32.

13 Assim como essa premissa apontada no texto pode servir para a escolha da *transação* ou da *mediação*, as quais, especialmente frente às novas regras dos Juizados Especiais, ninguém duvida que possam ser aplicadas aos conflitos estatais que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. É nesse mesmo ponto que se insere a arbitragem, que nada mais é do que outra *técnica* de solução de conflitos. Sobre o tema, v. Gustavo Justino de Oliveira. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. In Carlos Ari Sundfeld (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

