

---

# A EXPERIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA NA ARBITRAGEM

*THE EXPERIENCE OF THE BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION IN  
ARBITRATION*

---

*André Rodrigues Junqueira<sup>1</sup>*  
*Procurador do Estado de São Paulo*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A lei de arbitragem brasileira; 1.1 Conceitos iniciais; 1.2 Arbitrabilidade objetiva e subjetiva; 1.3 Autonomia da vontade; 1.4 O julgamento do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem; 2 A positivação da arbitragem para o Poder Público; 2.1 A lei federal nº 8.987/95; 2.2 A lei federal nº 11.079/04; 2.3 A lei de arbitragem mineira (lei estadual nº 19.447/11) 3 Prerrogativas processuais da Fazenda Pública e a arbitragem; 3.1 Reexame necessário; 3.2 Suspensão de segurança; 3.2.1 A suspensão como recurso; 3.2.2 Natureza de sucedâneo recursal; 3.2.4 Natureza

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo, em atuação da Coordenadoria de Empresas e Fundações do Gabinete do Procurador Geral. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (2008), especialista pela Escola Superior da PGE (2013). Coautor da obra *Regime Jurídico dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo*, publicado em 2012 pela editora Jus Podivm.

incidental; 3.2.5 Natureza de exceção em sentido estrito; 3.2.6 Natureza de ação cautelar autônoma; 3.2.7 Natureza de simples medida cautelar; 3.3 Execução nos termos do artigo 730 do Código de Processo Civil e necessidade de expedição de precatórios; 4 Experiências práticas; 4.1 Leading case: Construtora Celi vs. Estado de Sergipe; 4.2 A experiência paulista; 4.3 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal; 4.3.1 Considerações acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 4.3.2 Considerações acerca da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho se propõe a analisar a possibilidade de utilização da arbitragem para a Administração Pública. A monografia parte da premissa de que o Estado possui arbitrabilidade objetiva e subjetiva, de modo que pode submeter conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis a essa forma heterocompositiva de solução.

Dessa maneira, passa-se à análise da positivação da arbitragem para o Poder Público, destacando as principais normas do ordenamento jurídico que possibilitaram a participação do Estado nas arbitragens.

Em um momento posterior, busca-se um ponto de equilíbrio entre as prerrogativas processuais da Fazenda Pública e o procedimento específico da arbitragem, para avaliar quais benefícios da lei adjetiva podem ser aplicados no contexto arbitral.

Por fim, são analisadas algumas experiências jurisprudenciais práticas, com o escopo de obter conclusões sobre as melhores práticas na arbitragem que envolvem as pessoas jurídicas de direito público interno.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem. Arbitrabilidade. Estado. Prorroga-tivas Processuais e Jurisprudência.

**SUMMARY:** The present study aimed to examine the possibility of using arbitration for the Public Administration. The paper starts from the premise that the State has objective and subjective arbitrability, so that may refer disputes concerning the property rights to this heterocompositive solution form.

Thus, passing to the analysis of positivization of arbitration for the Government, highlighting key provisions of the law that allowed the state's participation in arbitrations.

At a later time, we seek a balance between procedural prerogatives of the Treasury and the specific procedure of arbitration, to assess to what benefits the adjectival law can be applied in the arbitration context. Finally, we analyze some practical jurisprudential experience, as the scope to obtain conclusions on best practices in arbitration involving legal entities of public law.

**KEYWORDS:** Arbitration. Arbitrability. State. Procedural Prerogatives and Jurisprudence.

## INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, historicamente, sempre demonstrou certo preconceito com a utilização da arbitragem para solução de conflitos. Podemos mencionar alguns exemplos clássicos, como o Código Civil de 1916, que não trazia qualquer disposição acerca da cláusula compromissória como modalidade contratual; ou ainda, o próprio Código de Processo Civil de 1973 que, em sua redação original, exigia a homologação judicial do laudo arbitral.

Essa situação somente começa a ser alterada em 1991, quando foram iniciados os trabalhos para elaboração de anteprojeto de lei, com a constituição de Grupo de Trabalho composto pelos juristas Selma Maria Ferreira Lemes, Pedro Antônio Batista Martins e Carlos Alberto Carmona.

Após diversos seminários e discussões, o anteprojeto foi apresentado formalmente em 27 de abril de 1992, em seminário realizado em Curitiba, PR.

Após a conclusão da redação do anteprojeto, iniciou-se o processo legislativo. Em junho de 1992, o senador Marco Maciel apresentou o projeto ao Senado Federal. Ao cabo de intensas discussões no âmbito do Congresso Nacional, o projeto foi aprovado, com duas alterações introduzidas na Câmara dos Deputados, de modo que o Presidente da República sancionou a lei em 23 de setembro de 1996<sup>2</sup>.

---

2 Para um estudo mais aprofundado acerca do histórico da arbitragem no Brasil, recomendamos a leitura da obra: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

## 1 A LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA

### 1.1 Conceitos iniciais

Em primeiro plano, cumpre realizar uma breve exposição acerca dos conceitos introduzidos pela lei de arbitragem brasileira, com destaque para cláusula arbitral e sentença arbitral.

A convenção de arbitragem é um acordo ou negócio jurídico processual feito em um contrato em que as partes se comprometem a levar seus conflitos para serem apreciados por um árbitro. Também indica como esses árbitros serão nomeados ou escolhidos. Nas hipóteses em que o litígio já existe as partes convencionam submeter-se à arbitragem, realiza-se o compromisso arbitral (exceção processual). Por sua vez, nos casos em que a avença arbitral é prévia ao litígio esta se denomina cláusula compromissória (objeção processual).

No que concerne à sentença arbitral, o primeiro ponto que deve ser mencionado é que o próprio termo “sentença arbitral” é novidade introduzida pela Lei 9.307/96. A partir do advento dessa norma, a expressão “sentença” indica tanto a sentença estatal, quanto a arbitral. Dessa forma, confere-se maior valor à decisão judicial arbitral, pelo seu conteúdo semântico.

Nessa toada, uma importante modificação trazida pela Lei 9.307/96 foi a desnecessidade de homologação da sentença arbitral, pois a eventual submissão da arbitragem ao Poder Judiciário, como condição de eficácia, afastaria uma série de vantagens da utilização da arbitragem, como o sigilo e a celeridade. Obviamente, essas considerações não se aplicam à sentença arbitral estrangeira, a qual deve ser devidamente homologada no Brasil para produção de efeitos.

### 1.2 Arbitrabilidade objetiva e subjetiva

O art. 1º da lei de arbitragem delimita as matérias que podem se sujeitar à arbitragem. São os direitos patrimoniais disponíveis. Nos casos em que um conflito pode se submeter à arbitragem, sob a perspectiva do direito material envolvido, podemos afirmar que existe arbitrabilidade objetiva.

A arbitrabilidade objetiva desperta alguns problemas de ordem prática.

Como exemplo, pode ser citado o artigo 51, VII do Código de Defesa do Consumidor. Referido texto legal considera nula a cláusula de arbitragem compulsória. Com base nisso, muitos alegaram a inarbitrabilidade dos direitos do consumidor.

Entretanto, esse posicionamento é equivocado.

Isso porque, o objetivo do legislador é proteger o hipossuficiente da inclusão de cláusulas no contrato de adesão sem o seu conhecimento. No entanto, isso não proíbe a arbitragem quanto a direitos do consumidor. A proibição só atinge como cláusula geral, não em contratos negociados.

Por sua vez, a arbitrabilidade subjetiva reflete a capacidade da parte em se submeter à arbitragem.

Nessa toada, o artigo 1º da Lei Federal nº 9.307/96 afirma que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”.

Tendo em vista que basta plena capacidade para ocorrência da arbitrabilidade subjetiva, em princípio, não haveria qualquer dúvida quanto à possibilidade de o Estado se submeter à arbitragem. No entanto, não é o que ocorre.

Como já ressaltado pela doutrina, o Estado não está proibido de dispor de seu patrimônio. Nesse sentido, podemos mencionar a experiência prática dos Juizados Especiais Federais, nos quais a regra é a disponibilidade patrimonial pelo ente federativo. Não se pode confundir a indisponibilidade do interesse público (princípio da Administração Pública) com o patrimônio público, o qual é plenamente disponível, desde que atendido os requisitos legais<sup>3</sup>.

A arbitrabilidade subjetiva do Estado é um dos temas centrais desse trabalho e será abordada com mais detalhes nos capítulos subsequentes.

### 1.3 Autonomia da vontade

Na arbitragem, é livre às partes escolher o direito material a ser aplicado, em oposição à vinculação das partes, no processo judicial, às disposições da Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro. Assim, o processo arbitral admite que o juiz julgue conforme a equidade, ou com a utilização dos usos e costumes (*lex mercatoria*).

Quanto ao procedimento a ser realizado, existem basicamente quatro opções aplicáveis à arbitragem: a) regulamento do órgão arbitral, b) lei processual qualquer, escolhida pelas partes, desde que compatível com o procedimento, c) criação de um procedimento pelas partes, o que é o mais comum nas arbitragens *ad hoc* ou ainda d) as partes podem deixar de tratar de matéria procedimental, de modo que fica a cargo do árbitro escolher o procedimento que considerar mais correto.

---

3 TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 210.

#### 1.4 O julgamento do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem

A constitucionalidade da lei de arbitragem mobilizou o Supremo Tribunal Federal (STF) por quatro anos. Em sessão realizada em 12 de dezembro de 2001, os ministros decidiram da Lei nº 9.307/96 são constitucionais, em votação por sete votos a quatro.

Referido entendimento foi firmado no julgamento de recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE nº 5.206).

O recurso é o *leading case* sobre a matéria. Trata-se de uma ação movida a partir de 1995, por empresa de origem estrangeira que pretendia homologar um laudo de sentença arbitral dada na Espanha, para que tivesse efeitos no Brasil. A princípio, o pedido havia sido indeferido, pela ausência de homologação do laudo no país de origem. Contudo, com a promulgação da Lei nº 9.307/96 o regramento jurídico foi alterado pela dispensa de homologação do laudo junto ao Poder Judiciário do país de origem. Durante o julgamento do recurso, o ministro Moreira Alves levantou a questão da constitucionalidade da nova lei.

A despeito de todos os ministros votarem pelo deferimento do recurso, no sentido de homologar o laudo arbitral espanhol no Brasil, houve discordância quanto ao incidente de inconstitucionalidade.

Os ministros Sepúlveda Pertence, o relator do recurso, bem como Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves entenderam que a lei de arbitragem, em alguns de seus dispositivos, dificulta o acesso ao Judiciário, direito fundamental previsto pelo artigo quinto, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Todavia, a maioria dos magistrados do STF considerou um grande avanço a lei e não vislumbrou nenhuma ofensa à Carta Magna. O ministro Carlos Velloso, em seu voto, salientou que se trata de direitos patrimoniais e, portanto, disponíveis. Segundo ele, as partes têm a faculdade de renunciar a seu direito de recorrer à Justiça. “O inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever.”

Assim, restou decidido que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, mas as partes podem fazê-lo, se forem capazes e se estiverem diante de direitos patrimoniais disponíveis.

## 2 A POSITIVAÇÃO DA ARBITRAGEM PARA O PODER PÚBLICO

A utilização da arbitragem pelo Poder Público foi analisada com muita propriedade na dissertação de mestrado defendida pelo processualista paranaense Paulo Osternack Amaral junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em banca examinadora compostas

pelos Professores Flávio Luiz Yarshell (orientador), Carlos Alberto Carmona e Eduardo Talamini, aprovada com distinção<sup>4</sup>.

A delimitação do campo de pesquisa do autor parte da premissa de que a Administração Pública possui arbitrabilidade objetiva e subjetiva e, portanto, pode se sujeitar aos ditames da Lei Federal nº 9.307/96. A partir dessa ideia, assume-se o dever de analisar a submissão do Estado à arbitragem sob três enfoques: a) Os aspectos processuais, que distinguem a arbitragem que envolve o Poder Público em relação ao modelo tradicional; b) A possibilidade de adoção de medidas urgentes favoravelmente ao ente público, no bojo do processo arbitral e c) A eventual sujeição do árbitro e do processo arbitral a determinados instrumentos de controle do Poder Judiciário.

Em primeiro plano, o autor demonstra a ausência de óbice quanto à sujeição do Estado à arbitragem. Nessa toada, a Lei de Arbitragem, afirma que “as partes capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (artigo 1º). Nesse artigo da lei encontra-se a distinção entre a arbitrabilidade subjetiva, capacidade de alguém se submeter à arbitragem (partes capazes de contratar) e arbitrabilidade objetiva, possibilidade de determinada questão ser submetida à arbitragem (direitos patrimoniais disponíveis).

Assim, o Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público interno, possui arbitrabilidade subjetiva e pode adotar o procedimento da Lei Federal nº 9.307/96 para os seus litígios que envolverem direitos patrimoniais disponíveis. Para corroborar essa tese, a própria Lei de Concessões dispõe 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, de 23 de setembro de 1996” (artigo 23-A da Lei Federal no 8.987/95). Nessa toada, a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei Federal nº 1.079/04) determina, em seu artigo 11, que o contrato deverá prever “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 partir dessas bases teóricas, o autor inicia as análises que permeiam toda a dissertação.

---

<sup>4</sup> AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 35.

O primeiro ponto polêmico se refere às derrogações publicísticas sofridas pela Lei Federal nº 9.307/96, quando aplicada ao ente público. Assim, o autor destaca a questão do sigilo inerente à arbitragem tradicional, bem como a possibilidade de que a arbitragem seja de direito ou de equidade (artigo 2º da Lei de Arbitragem). Referidos preceitos jamais podem ser adotados pelo Poder Público, em razão de sua incompatibilidade com o artigo 37 da Constituição Federal, que estabelece como alicerces da Administração Pública a ‘Publicidade’ e a ‘Legalidade’.

Assim, conclui-se que a arbitragem na qual o Estado figure como parte deve ser pública e de direito.

Na segunda perspectiva de análise, o autor afirma que é plenamente possível a concessão de medidas urgentes no bojo do processo arbitral. Dessa forma, os pedidos de tutelas urgentes serão apreciados pelo próprio árbitro, de modo que somente será necessário o recurso ao Poder Judiciário em caso de descumprimento da medida, em razão da inexistência de poder de *imperium* ao árbitro. Nesse caso, não caberá ao juiz verificar o acerto da decisão proferida pelo árbitro, mas apenas garantir que ela seja cumprida.

Por sua vez, o incidente de Suspensão de Segurança ou de Suspensão de Liminares é absolutamente incompatível com a arbitragem. Isso porque referido incidente constitui espécie de medida cautelar incompatível com a lógica do procedimento arbitral. Em regra, o processo arbitral não possui instância recursal, capaz de deferir uma medida desse jaez. Além disso, não se poderia pleitear a suspensão junto ao Poder Judiciário, pois é vedado ao magistrado de direito o ingresso no mérito das decisões proferidas pelo juiz arbitral.

O mandado de segurança também não é cabível para impugnar decisão arbitral. Isso porque o árbitro não é agente público ou delegatário estatal, tampouco desempenha função estatal.

A obra de Paulo Osternack ainda realiza um estudo acerca das regras atinentes a solução de conflitos das agências reguladoras, com enfoque nas agências federais. A conclusão é de que tais regulamentos não se constituem em processo arbitral, nos moldes da Lei Federal nº 9.307/96. A razão principal que justifica essa conclusão é o fato que essa sistemática não se constitui por acordo de vontades entre as partes, mas por imposição do regulador. Além disso, não se segue os princípios e a filosofia que rege da Lei de Arbitragem. Todavia, nada impede que sejam criadas câmaras arbitrais adjuntas às agências reguladoras.



Por fim, o autor supramencionado analisa determinados instrumentos de controle utilizados perante o Poder Judiciário, com o intuito de verificar sua possível utilização no processo arbitral.

A primeira das conclusões é de que o árbitro não é atingido pela eficácia compulsória das Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Isso porque a Câmara Arbitral não é órgão do Poder Judiciário ou da Administração Pública. Todavia, pode ser imaginada a utilização de uma ação anulatória, para questionar uma sentença arbitral proferida em desconformidade com uma Súmula Vinculante. Nesse caso, provavelmente haveria a interferência indireta de um verbete sumular em uma decisão arbitral, pela via judiciária.

Pelas mesmas razões supramencionadas, o árbitro não se sujeita às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade. Tais acórdãos não são de observância obrigatória para os árbitros.

Por fim, o estudo em análise conclui ser positiva a adoção da arbitragem pelo ente público. Isso porque haverá uma decisão que tende a ser mais técnica (pois o árbitro costuma ser um especialista no assunto), mais rápida e, ainda, que não se sujeita a tantas impugnações típicas de um processo judicial envolvendo o Estado (Suspensão de Segurança, Mandado de Segurança contra ato judicial, reexame necessário etc). Referidos instrumentos foram desenhados para a tutela o interesse público indisponível e jamais serão utilizados no processo arbitral, que envolve questões patrimoniais disponíveis.

Os diversos problemas supramencionados serão abordados com maior cautela no capítulo quatro, destinado à análise das prerrogativas processuais do Estado na arbitragem.

### **2.1 A lei federal nº 8.987/95**

Os contratos de concessão de serviços públicos possuem cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras são aquelas que outorgam prerrogativas públicas ao concessionário e, as segundas, as que denotam o caráter contratual da obrigação e o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Neste sentido pode-se dizer que todas as questões disciplinadas no contrato de concessão que gravitam em torno dos interesses patrimoniais do contrato são suscetíveis de solução arbitral. Todas as matérias que versarem sobre disponibilidade de direitos patrimoniais, poderão estar sob à égide arbitral.

Há de ser notado, igualmente, que a Administração está adstrita ao princípio da legalidade e este prisma coaduna-se com art. 1º da Lei nº 9.307/96, que permite a arbitragem somente às partes capazes.

Assim, nos contratos de concessão de serviço público, tudo que tenha reflexo patrimonial e esteja relacionado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato será suscetível de ser dirimido por arbitragem. Seja quando o objeto do contrato de concessão referir-se a obras de construção civil ou à prestação de serviços públicos (efeitos patrimoniais). Por outro lado, as disposições classificadas como regulamentares e atinentes à Administração, previstas no contrato, estariam fora da zona de direito disponível e, portanto, sujeitas à jurisdição estatal.

Nessa toada, vale ressaltar, também, as ponderações efetuadas em precedente jurisprudencial que analisou a pertinência da inclusão de cláusula arbitral em contrato que dispunha sobre a adaptação e a ampliação da Estação de Tratamento de Esgotos de Brasília, objetado pelo Tribunal de Contas da União. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal fixou que:

Para sua consecução havia o fornecimento de diversos bens, prestações de obras civis, serviços de montagens eletromecânicas, etc. No caso, havendo dúvidas atinentes a tais disposições, podem perfeitamente ser solucionadas ante o juízo arbitral, tudo visando a eficiente consecução do objeto contratado.

Este precedente tornou-se o *leading case* para a matéria e, em voto lapidar, a então Desembargadora Fátima Nancy ANDRIGHI ao relatar o Mandado de Segurança em comento pontificou que:

Pelo art. 54 da Lei n. 8.666/93, os contratos administrativos regem-se pelas suas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente os princípios do direito privado o que vem reforçar a possibilidade de adoção do juízo arbitral para dirimir questões contratuais. Cabe à Administração Pública cumprir as normas e condições constantes do Edital de *Concorrência, ao qual está vinculada.*

Sendo assim, mostrou-se necessária a alteração realizada pela Lei Federal nº 11.196/05, que, ao introduzir o artigo 23-A na Lei Federal de Concessões (Lei nº 8.987/95) permitiu que tais contratos contivessem a cláusula arbitral, exigindo apenas que o procedimento fosse realizado no

Brasil, em língua portuguesa e de acordo com os ditames da Lei Federal nº 9.307/96.

## 2.2 A lei federal nº 11.079/04

A lei federal nº 11.079/04 cria os conceitos de concessão patrocinada e concessão administrativa.

De acordo com a lei de PPP, concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Por sua vez, concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Segundo o administrativista Carlos Ari Sundfeld:

A característica central das concessões administrativa e patrocinada que motivou a nova disciplina legal é a de gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo. Como o concessionário fará investimentos logo no início da execução e será remunerado posteriormente, dois objetivos se opõem: tanto impedir que o administrador presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros, como oferecer garantias que convençam o particular a investir<sup>5</sup>.

Nessa toada, a PPP, segundo a lei, deve contar com um investimento mínimo de vinte milhões de reais e o período de prestação do serviço deve ser superior a cinco anos.

Em razão do porte de tais contratos, frequentemente os entes federativos que optam pela realização de uma PPP precisam de financiamentos internacionais para execução de tal mister. Assim, União, Estados e Municípios recorrem ao Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) ou ao Banco Mundial. Essas entidades estabelecem, como condição compulsória para efetivação dos empréstimos, que eventuais litígios sejam submetidos à arbitragem.

Assim, no que concerne à arbitragem, a lei federal de PPP manteve à sistemática da lei federal de concessões, ao permitir que o contrato contenha cláusula compromissória.

5 Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 25.

### 2.3 A lei de arbitragem mineira (lei estadual nº 19.447/11)

O Estado de Minas Gerais foi pioneiro na promulgação de uma lei específica para lidar com a arbitragem perante o Poder Público. Trata-se da lei estadual mineira nº 19.447/11.

Referida norma estadual tem sido objeto de diversos questionamentos judiciais, a começar por sua própria constitucionalidade. Isso porque o artigo 22 de nossa Carta estabelece ser competência privativa da União legislar sobre Direito Processual. Todavia, a interpretação que parecer ser a mais razoável, afirma que a lei mineira versa sobre Direito Administrativo e não inova em matéria processual<sup>6</sup>.

Superado o questionamento de cunho constitucional, passa-se à análise dos procedimentos dessa norma.

Em primeiro plano, cumpre esclarecer que a lei mineira, em seu artigo 4º impõe a utilização da arbitragem institucional, excluindo o modelo *ad hoc*. Ainda assim, exige-se que o árbitro seja brasileiro e membro de câmara arbitral inscrita no Cadastro Geral de Fornecedores de Serviços ao Estado.

A lei supramencionada ainda determina que a arbitragem seja de direito e que o processo seja público. Essas especificidades buscam compatibilizar a arbitragem com os princípios constitucionais da Administração Pública.

Ainda exige-se que a câmara arbitral escolhida será preferencialmente sediada em Minas Gerais, estando regularmente constituída por, no mínimo, três anos, funcionar como instituição arbitral, ter como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo e ser idônea, competente e experiente.

Diante de tais peculiaridades, cumpre destacar o posicionamento de Paulo Osternack Amaral, para que, por considerar a lei mineira como norma de Direito Administrativo, conclui que o seu descumprimento não invalida o procedimento arbitral, mas apenas gera a responsabilização do agente público que deu azo ao não cumprimento da norma<sup>7</sup>.

---

6 AMARAL. op. cit. p. 70.

7 Ibid, p.71.

### **3 PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA E A ARBITRAGEM**

O debate acerca da aplicação das prerrogativas processuais da Fazenda Pública na arbitragem é intenso na doutrina brasileira, mas as experiências jurisprudenciais ainda são pequenas nessa matéria.

O contexto histórico de criação de prerrogativas processuais em favor das pessoas jurídicas de direito público interno decorre de uma tentativa de proporcionar uma igualdade entre das partes do processo, em virtude de um desequilíbrio material do Estado em relação ao ente privado nos litígios.

Isso ocorreu, porque, os representantes judiciais dos entes estatais não tinham condições de realizar um trabalho adequado e defender a contento os interesses da Fazenda Pública em juízo, principalmente por falta de pessoal e estrutura material.

Dentro dessa realidade, o legislador processual criou “vantagens” no processo para atuação do Estado em juízo, em detrimento dos entes privados, com o objetivo de minimizar as vicissitudes supramencionadas. Dentre essas prerrogativas, podemos destacar o reexame necessário, a suspensão de segurança, o módulo executivo diferenciado, entre outros.

Atualmente, questiona-se a necessidade de manutenção de tais prerrogativas, tendo em vista a sensível melhora estrutural e de pessoal das advocacias públicas pelo país, principalmente nos grandes centros urbanos. Todavia, ainda mostra-se necessário a manutenção desse regime diferenciado, tendo em vista o constante aumento da litigiosidade envolvendo a Fazenda Pública, que nem sempre consegue ser acompanhada por uma melhora de estrutura de trabalho e de servidores.

Nessa toada, a aplicabilidade de tais dispositivos no contexto da arbitragem é uma polêmica no âmbito doutrinário. Isso, porque se considera que a arbitragem constitui um sistema próprio, cujas interferências do processo civil “ordinário” seriam aplicadas de forma muito restrita, em casos excepcionais. Em outro sentido, parte da doutrina entende que o procedimento arbitral não pode representar uma “burla” às prerrogativas processuais da Fazenda Pública. Tampouco, a arbitragem pode representar algo superior ao processo civil ordinário, principalmente pelo fato de que alguns benefícios da Fazenda Pública são garantias constitucionais.

Diante de toda essa polêmica, passaremos à análise da possível compatibilidade das prerrogativas processuais da Fazenda Pública na arbitragem.

### 3.1 Reexame necessário

O Código de Processo Civil prevê o reexame necessário no seu art. 475, cujo objeto primordial, como se extrai do próprio texto da lei, consiste no resguardo do interesse público, traduzido no máximo de certeza e justiça das sentenças em que haja sucumbência da Fazenda Pública. Assim, verificada tal situação, independentemente de haver provocação da parte interessada, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, sob pena de a decisão judicial não produzir seus respectivos efeitos. Caso o magistrado não o faça, o presidente do tribunal deverá avocá-los.

Mesmo antes das inovações trazidas pela Lei nº 10.352/2001, não se cogitava de outro elemento ensejador da remessa necessária que não fosse o interesse público. Na antiga redação do art. 475 do CPC, a remessa necessária era obrigatória também em caso de sentença anulatória de casamento, matéria outrora reputada de elevado interesse público, merecendo, também um grau mais elevado de atenção por parte do Estado. Todavia, mediante a Lei nº 10.352/2001, o legislador reformador entendeu que tal hipótese já não requer tanta proteção.

É preciso, porém, ressaltar de que referido interesse público sofre variações de acordo com o objeto da remessa necessária na hipótese considerada. Expliquemos: é que o instituto da remessa necessária não é exclusividade do CPC, tendo previsão também em diversos outros diplomas normativos, e em todos eles sempre em prol do interesse público, mas nem sempre esse interesse público se traduz na defesa da Fazenda Pública.

Com efeito, todas as situações de cabimento da remessa necessária previstas no nosso ordenamento jurídico seguem o mesmo procedimento, resumido no encaminhamento dos autos, pelo próprio juiz que proferir a sentença, ao órgão revisor para a devida reapreciação. Mas o objeto nem sempre é o mesmo, embora em todas as situações o fim último seja sempre o interesse público.

Assim, o interesse público efetivamente objetivado pela remessa necessária prevista no CPC, art. 475, de fato está centrado na defesa da Fazenda Pública. Todavia, no caso do reexame necessário em sede de Ação Popular, o interesse público protegido tem seus reflexos voltados para a verificação minuciosa do pedido popular e da causa de pedir popular, de modo a proporcionar um novo exame sobre a matéria, quando a sentença extinguir o processo por carência ou julgar improcedente a ação.

Na ação de mandado de segurança, igualmente, o interesse protegido com a remessa necessária não corresponde exatamente à defesa da Fazenda Pública, mas da Administração Pública. Enfim, existem

diversas hipóteses em que o interesse público protegido na remessa necessária é distinto do interesse patrimonial da Fazenda Pública.

Diante dessas considerações, alguns autores afirmam que o reexame necessário deveria ser aplicado ao procedimento arbitral.

Referido posicionamento doutrinário não deve prevalecer.

Isso porque a arbitragem constitui um sistema próprio e autônomo em relação ao procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil<sup>8</sup>. O Estado, ao aderir voluntariamente à arbitragem deve renunciar às prerrogativas previstas na legislação processual, pois estas não fazem sentido no contexto da arbitragem, no qual não existe (ou não deveria existir) desigualdade entre as partes.

Nessa toada, a Lei Federal nº 9.307/96 igualmente não previu qualquer tipo de condição de eficácia da sentença, como o reexame necessário. Nessa toada, as câmaras arbitrais, em geral, não preveem a existência de qualquer tipo de órgão recursal.

A conclusão que pode ser extraída dessa análise é de que a celeridade e qualidade de julgamento esperada em um procedimento arbitral não é compatível com a sistemática o reexame necessário.

### 3.2 Suspensão de segurança

A Suspensão de Segurança consiste em um meio de suspender decisão judicial, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, no caso de manifesto interesse público, ou de flagrante ilegitimidade, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. Trata-se, pois, de um instituto oferecido ao Poder Público na defesa do interesse público.

A história da suspensão de segurança pode ser dividida em quatro momentos históricos. O primeiro deles remonta à origem remota do instituto, marcado pela identificação das raízes e dos modelos que serviram de inspiração à sua criação. Posteriormente, procuraremos demonstrar que o instituto nasceu praticamente junto ao próprio mandado de segurança, na primeira lei que regulamentou o *Writ* constitucional em 1934.

A segunda e a terceira fase foram delimitadas pela influência do Estado liberal e do Estado social na utilização do instituto. Por fim, a quarta fase foi marcada pelas mudanças legislativas pela MP 2180-35 (congelada pela EC 32/2001). Tais mudanças atingiram o âmago do instituto, alterando-lhe a natureza e criando novas hipóteses de cabimento.

Não há consenso acerca da natureza jurídica do incidente de suspensão. Doutrina e jurisprudência já tem se manifestado no sentido

8 Nesse sentido, SALLES, Carlos Alberto. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. São Paulo: Forense, 2011. p. 88.

de vislumbrar no incidente natureza recursal, de sucedâneo recursal, administrativa, meramente incidental, de exceção em sentido estrito, de ação cautelar autônoma e de medida cautelar.

### 3.2.1 A suspensão como recurso

A antiga jurisprudência do STJ entendia que a suspensão era uma modalidade recursal.

Todavia, o pedido de suspensão não tem por escopo a reforma ou anulação da decisão atacada, pois não devolve a matéria impugnada à reapreciação judicial. Não há, portanto, nem o efeito devolutivo tampouco o efeito substitutivo inerente aos recursos. Esse instrumento tenciona apenas suspender a eficácia de liminar ou sentença contrária ao Poder Público.

Diante disso, os tribunais superiores têm reiterado o novo entendimento da natureza não recursal da suspensão de segurança.

### 3.2.2 Natureza de sucedâneo recursal

Parcela da doutrina defende que os pressupostos de cabimento do incidente de suspensão revelariam a sua natureza de sucedâneo recursal. Esse posicionamento parte da premissa de que a decisão do presidente do Tribunal reexaminaria os pressupostos de concessão da liminar ou da sentença, proferida contra o Poder Público. Nesse caso, haveria um prejulgamento dos recursos eventualmente interpostos.

Não se aceita referida tese, pois, a não interposição de recurso implicaria o seu trânsito em julgado e prejudicaria o pedido autônomo de suspensão. Logo, o incidente jamais poderá fazer as vezes de recurso.

### 3.2.3 Natureza Administrativa

Ellen Graice<sup>9</sup>, em sede doutrinária, sustenta que a atividade desenvolvida pelo presidente do Tribunal ao apreciar o incidente de suspensão assumiria caráter político administrativo, na medida em que o presidente do Tribunal avalia a potencialidade lesiva da decisão contrária ao Poder Público, valendo-se de bases extrajurídicas.

Referida tese subverte a ordem constitucional vigente, que consagra a inafastabilidade do controle jurisdicional, do devido processo legal e da separação de poderes. Ainda, a previsão legal do cabimento de Agravo Interno contra decisão proferida em sede de pedido de

9 NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de Sentença e de Liminar. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. Ano 1, n. 2. São Paulo, RT, 1998.



suspensão, afasta a tese da natureza administrativa. Ademais, aceitar que atos administrativos se sobreponham a atos jurisdicionais constitui arbitrariedade e infringência à soberania do Poder Judiciário.

### 3.2.4 Natureza incidental

O autor Marcelo Abelha Rodrigues<sup>10</sup> defende a tese de que o pedido de suspensão se caracteriza por ser um incidente processual voluntário, com conteúdo de defesa impeditiva, preventivo, que depende da existência de um processo principal, do qual é acessório.

Valendo-se das lições de Calamandrei, o autor supramencionado indica que a tutela assecuratória de índole realmente cautelar consiste em um instrumental ao quadrado, pois orientada a garantir o atingimento do fim útil de um processo principal.

### 3.2.5 Natureza de exceção em sentido estrito

Dinamarco<sup>11</sup> defende a tese de que a suspensão é uma exceção em sentido estrito (não exercício de ação), por meio do qual o Poder Público alega fatos impeditivos do direito do impetrante aos efeitos da liminar ou mesmo da sentença concessiva da segurança.

### 3.2.6 Natureza de ação cautelar autônoma

O autor Elton Venturi<sup>12</sup> defende a tese de que a suspensão consiste em uma ação cautelar autônoma, de tutela do interesse público primário. Na visa desse autor, essa concepção asseguraria que o pedido de suspensão fosse processado de acordo com as garantias constitucionais do processo.

Com a devida vênia, o pedido de suspensão não possui natureza jurídica de ação. Não amplia os limites objetivos da demanda, tampouco se desenvolve por meio de um processo próprio. Não veicula pedido autônomo de tutela ao Estado, não se destina a preservar o resultado útil de um recurso, muito menos protege situação desvinculada do processo em que proferida a decisão contrária ao Poder Público.

10 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 87.

11 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Suspensão do mandado de segurança pelo presidente do tribunal. Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 200.

12 VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contra o poder público*, op. cit. p. 25.

### 3.2.7 Natureza de simples medida cautelar

O entendimento contemporâneo dos tribunais superiores tem se inclinado no sentido de reconhecer uma natureza de contracautela aos pedidos de suspensão.

Esse posicionamento é o que melhor explica a natureza jurídica do pedido de suspensão. Trata-se de medida cautelar destinada a neutralizar os efeitos de decisão provisória contrária ao Poder Público, como forma de proteger o resultado útil do processo. Esse requerimento tem por escopo tutelar eventual decisão final de improcedência da ação movida contra o Poder Público, ante a existência de liminar ou de sentença cuja execução possa causar dano irreparável aos bens jurídicos tutelados pelas leis que compõem o dito sistema de suspensão.

O pedido de suspensão de segurança não pode ser admitido no contexto da arbitragem. Existe óbice de natureza procedimental e material (irrecorribilidade de decisões interlocutórias, ausência de órgão para apreciação do pedido), que proíbe a sustação da eficácia de qualquer decisão arbitral pelo incidente de suspensão. A impugnação da sentença arbitral somente poderá ser feita por meio de ação anulatória ou impugnação ao cumprimento de sentença (essa espécie de defesa pressupõe a existência de uma sentença arbitral condenatória, que esteja sendo executada perante o Poder Judiciário).

Todavia, caso seja deferida contra o ente estatal uma liminar no contexto de uma ação anulatória de sentença arbitral, não há dúvida de que será cabível o incidente de suspensão, uma vez preenchidos os requisitos legais<sup>13</sup>.

### 3.3 Execução nos termos do artigo 730 do Código de Processo Civil e necessidade de expedição de precatórios

Discute-se em sede doutrinária se de fato existiria execução contra a Fazenda Pública. Esse debate justifica-se em função da disciplina jurídica a que o Estado se submete em juízo, com normas de direito público, as quais derrogam parcialmente os artigos referentes à execução tradicional.

Em geral, a execução por quantia certa contra devedor solvente tem por finalidade específica satisfazer o credor, normalmente através de técnicas expropriatórias de bens, quando o pagamento não se realizar de forma espontânea. Todavia, quando a pessoa jurídica de direito público

<sup>13</sup> Nesse sentido: AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 173.

é o devedor, as regras gerais de expropriação não têm aplicação, pois os bens públicos são impenhoráveis e inalienáveis.

Dessa forma, quando a Fazenda Pública for devedora, não se aplicam as regras próprias da execução por quantia certa contra devedor solvente, não havendo a adoção de medidas expropriatórias para satisfação do crédito. Os pagamentos feitos pela Fazenda Pública são despendidos pelo erário, merecendo um tratamento específico a execução intentada contra pessoas jurídicas de direito público, a fim de adaptar as regras pertinentes à disciplina constitucional do precatório.

Em geral, todas as modalidades executivas podem ser aplicadas contra a Fazenda Pública, com regulamentação específica de direito público, as quais derrogam parcialmente o regime geral executivo.

A Fazenda Pública pode se submeter à execução de natureza pecuniária, após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Contudo, a execução pecuniária será regida pelo artigo 730 e seguintes do Código de Processo Civil e o pagamento será realizado pela sistemática dos precatórios ou de Requisição de Pequeno Valor, a depender do montante do débito. Essa sistemática possui disciplina constitucional e sempre deve ser obedecida.

O regime do cumprimento de sentença não se aplica à execução contra a Fazenda Pública (artigo 475-J do CPC). Contudo, as regras de liquidação de sentença, previstas nos artigos 475-A ao 475-H do CPC são plenamente aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público.

Ajuizada a execução contra a Fazenda Pública, esta é citada para, querendo, opor embargos do devedor no prazo de 30 dias. Não apresentados os embargos, ou vindo a ser rejeitados, o juiz determina a expedição de precatório ao Presidente do respectivo tribunal para que reste consignado à sua ordem o valor do crédito, com requisição às autoridades administrativas para que façam incluir no orçamento geral, a fim de proceder ao pagamento no exercício financeiro subsequente. Vale ressaltar que a sentença que rejeita os embargos à execução não se sujeita ao reexame necessário, pois o reexame já foi procedido em relação à sentença do anterior processo de conhecimento.

O tratamento atribuído ao Estado, quando sujeito passivo de uma execução, não visa proteger o governo ou determinado agente público, mas sim assegurar o patrimônio público, que pertence a toda sociedade.

Dessa forma, o prazo de trinta dias para oposição de embargos à execução é justificável em razão do grande volume de execuções contra a fazenda pública em andamento, em todo o país. Muitas vezes, não existem advogados públicos suficientes, equipamentos adequados e recursos em geral para administrar essa enorme litigiosidade. Assim, o prazo em questão protege o interesse público primário e secundário.

Da mesma forma a sistemática de precatórios. Como a grande quantidade de ações executivas contra o Estado, faz necessário o estabelecimento de uma ordem cronológica de pagamentos, para que os entes públicos possam honrar suas dívidas, sem comprometer os investimentos necessários à saúde, educação, execução de políticas públicas e administração governamental em geral.

A partir de tais premissas, pode ser afirmado que a sentença arbitral não se submete à sistemática do artigo 730 do Código de Processo Civil para fins de execução. Isso porque essa sentença arbitral já deve possuir uma condenação em valor certo, sem a necessidade de um procedimento executivo autônomo. Todavia, a aplicação da sistemática dos precatórios é obrigatória, e razão de sua previsão constitucional. Além disso, não se pode admitir que a sentença arbitral tenha uma maior efetividade e celeridade no pagamento em relação às sentenças proferidas no processo comum.

#### 4 EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS

As experiências concretas envolvendo arbitragem com a participação do Poder Público ainda são pequenas, contudo, alguns casos são significativos e merecem um estudo detalhado, que possa auxiliar na jurisprudência futura.

##### 4.1 *Leading case*: Construtora Celi vs. Estado de Sergipe

O caso pioneiro envolvendo a arbitragem com a Administração Direta ocorreu no Estado de Sergipe, no ano de 2011<sup>14</sup>.

No conflito em questão, a Construtora Celi Ltda requereu o estabelecimento de compromisso arbitral em face do Estado de Sergipe, relatando que, após vencer licitação, firmou o contrato nº 46/2004 com a SEMPLANTEC (Secretaria de Estado de Planejamento, Ciência e Tecnologia), objetivando a execução de obras complementares da adutora do Piautinga. Asseverou que após a finalização das supramencionadas obras restaram, em virtude do inadimplemento do requerido, verbas a receber, sendo que, no contrato norteador do certame avençado existia cláusula submetendo a solução de qualquer controvérsia ao juízo arbitral.

O Estado de Sergipe recursou se submeter ao procedimento arbitral, afirmando que os interesses em jogo eram indisponíveis e o Estado jamais poderia se afastar da jurisdição estatal.

---

14 Autos n. 200911801550, 18ª Vara Cível de Aracajú.

O magistrado de primeiro grau de jurisdição concedeu o provimento jurisdicional pleiteado, nos seguintes termos

*A par de tais considerações, por livre convencimento motivado e fundamentado, julgo procedente o pedido entabulado para instauração do procedimento arbitral e, em consequência, EXTINGO o processo, nos termos do art. 269, I do Código de Processo Civil.*

*Por fim, dando seguimento ao fluxo procedimental estatuído em casos tais, delimito, nos exatos termos do § 1º do art. 9º c/c o art. 10 da Lei 9307/96 os indicadores necessários do compromisso arbitral: Partes – Construtora Celi Ltda, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 13.031.257/0001-52, com sede social na Av. General Calazans, no 862, CEP: 49.065-420 e o Estado de Sergipe, pessoa jurídica de direito público, inscrita no CNPJ sob o nº 13.128.798/0001-01, com sede na Av. Adélia Franco, nº 3305, Grageru, Aracajú/SE; Árbitro – Fred Rollemberg Gois, Engenheiro Civil, Rua Lagarto 1285; Objeto – reajuste dos preços, inadimplência do requerido e recebimento dos valores contratados em relação ao contrato nº 46/2004; Lugar – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial de Sergipe (CAMAE/SE), localizada na Rua José do Prado Franco, 557, Centro.*

Por meio de acórdão prolatado em 11 de dezembro de 2012, foi negado provimento ao recurso de apelação interposto pelo Estado de Sergipe. Vale apenas destacar trecho do voto do Desembargador Cezário Siqueira Neto (relator):

Pois bem.

Como dito, a empresa autora ingressou com o presente Compromisso Arbitral pela via judicial, já que o Estado de Sergipe não concordou em se submeter ao procedimento da arbitragem, e a cláusula compromissória nada dispõe sobre a nomeação de árbitros, razão pela qual a controvérsia deve ser submetida ao Poder Judiciário, cujo acesso pelas partes contratantes que tenham optado pela via arbitral é plenamente garantido pela Lei de Arbitragem.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já selou a plena constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206/EP (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/04/2004), concluindo que

a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF.

Nesse diapasão, não vejo qualquer empecilho para a instauração da arbitragem no caso em tela, porquanto tenham as partes manifestado sua intenção em dirimir os conflitos que eventualmente surgissem entre elas por meio do juízo arbitral.

Sobre a alegação de impossibilidade de estabelecimento de cláusula arbitral em contratos administrativos, não vejo como prosperar.

Isso porque a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral é defendida pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, amparado em posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não só em relação a sociedades de economia *mista e empresas públicas, mas ao Poder Público em geral*.

Atualmente, o processo se encontra em fase de recursos extremos junto aos tribunais superiores em Brasília.

Esse é o primeiro caso que se tem notícia de utilização do procedimento arbitral em face da Administração Direta. O que mais surpreende neste processo, foi a postura do Estado de Sergipe, por meio de sua Procuradoria Geral em se recorrer à arbitragem, alegando que tal procedimento seria imponível contra a Administração Pública. Referida postura atenta contra a boa-fé contratual, tendo em vista que o contrato foi assinado pela Administração com cláusula de arbitragem.

#### **4.2 A experiência paulista**

A experiência bandeirante em arbitragem é vasta no que concerne à Administração Indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista), mas ainda é inexistente na Administração Direta.

Um dos mais importantes casos envolvendo empresas estatais paulistas ocorreu recentemente com a Companhia do Metropolitano de São Paulo (METRO/SP) no âmbito do contrato de Parceria Público-Privada para construção da Linha Quatro/Amarela.

Em referida controvérsia, instaurado painel arbitral na Câmara de Comércio Internacional (CCI), para fins de reequilíbrio econômico-

financeiro do contrato, o METRO/SP ajuizou um mandado de segurança, contra decisão arbitral que indeferiu pedido de realização de prova pericial. A ação mandamental foi distribuída na 13ª Vara da Fazenda Pública da Capital/SP, sob o número 053.10.017261-2 e a Juíza Maria Gabriella Pavlóoulos Spaolonzi, com os seguintes fundamentos:

A decisão proferida pelo Tribunal Arbitral no tocante ao indeferimento da prova pericial não encontra harmonia com o Princípio da Razoabilidade e da própria Supremacia do Interesse Público sobre o interesse do consórcio Via Amarela. Propiciar a realização de prova traduz-se em conferir certeza ao valor efetivamente justo para o restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro.

A liminar em questão foi posteriormente cassada em sede de Agravo de Instrumento, contudo o Tribunal de Justiça de São Paulo sequer ingressou no mérito do conflito e apenas considerou indevida a ingerência do Poder Judiciário no conflito (autos nº 0284191-48.2010.8.26.0000).

Em 16 de julho de 2012 foi proferida sentença, a qual reconheceu a decadência do mandado de segurança, tendo em vista que o *Writ* foi interposto em prazo superior a 120 (cento e vinte) dias da decisão originária que indeferiu a prova pericial.

O Estado de São Paulo ainda possui outras experiências com empresas estatais, todavia o caso supramencionado é o de maior vulto até o presente momento. Há notícias de que, em breve, a Administração Direta Paulista se envolverá em uma arbitragem, mas em razão do sigilo que ainda envolve o caso, nada poderá ser comentado na presente obra.

#### **4.3 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal**

##### **4.3.1 Considerações acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Um dos primeiros julgados em que o Supremo Tribunal Federal teve que enfrentar a possibilidade de um ente público se submeter à arbitragem foi julgado em 1973 e ficou conhecido pela jurisprudência como “Caso Lage”.

Referido caso envolve a incorporação, em 1942, dos bens das denominadas “Organizações Lage” e do espólio de Henrique Lage, no contexto do Estado de Guerra, os quais foram transferidos à União. Tais bens eram compostos, basicamente, por empresas de navegação, estaleiros e portos.

Devido às vicissitudes na fixação de preços de indenizações devidas a título de indenização, surgiu a proposta de resolução do conflito pela via arbitral. Após intenso debate político, foi editado um Decreto-Lei, pelo então presidente da República Eurico Gaspar Dutra, que determinou a incorporação dos bens privados à União e afirmou que a indenização deveria ser fixada através de uma arbitragem.

A sentença arbitral foi proferida no ano de 1948, com a fixação dos valores devidos a título de indenização. Todavia, no ano de 1952, sob o governo de Getúlio Vargas, foi emitido parecer pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, arguindo a inconstitucionalidade do juízo arbitral, de modo que a abertura de crédito para pagamento da indenização fixada em sentença foi rejeitada pelo Congresso Nacional.

Assim, a questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal que, em 1973, decidiu pela constitucionalidade do juízo arbitral envolvendo o Poder Público. Nesse sentido, vale transcrever a ementa do julgado:

1 – Legalidade do Juízo Arbitral, que nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

2 – Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional [...]

A despeito da importância desse julgado, enquanto precedente histórico, vale ressaltar que o caso era bastante peculiar. Isso porque não se trata de uma arbitragem decorrente de um contrato administrativo celebrado pelo Poder Público, mas sim de um ato de expropriação, praticado em contexto de guerra, no qual o governo determinou a arbitragem por meio de Decreto-Lei (ato normativo com o mesmo vigor de uma lei ordinária atual)<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Essa opinião também é manifestada por SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. São Paulo: Forense, 2011. p. 229.



Outro julgado, digno de nota, proferido pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito à própria constitucionalidade da Lei de Arbitragem, proferido nos autos do pedido de Homologação de Sentença nº 5.206, de dezembro de 2001, relator ministro Suplveda Petence. No acórdão prolatado, os ministros fixaram o entendimento de que o contido no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que afirma que “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” não é incompatível com a arbitragem.

Na homologação de sentença supramencionada, foi compreendido que a Lei Federal nº 9.307/96 faculta às partes a possibilidade de se submeterem à arbitragem. Sendo assim, não seria ‘a lei’ que excluiria um conflito da apreciação do Poder Judiciário, mas sim ‘as partes’ (capazes, em direitos patrimoniais disponíveis) que renunciariam a esse direito, através da Lei de Arbitragem.

Após esse caso, outros acórdãos foram proferidos, sufragando a mesma tese<sup>16</sup>.

#### 4.3.2 Considerações acerca da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência amplamente favorável à utilização da arbitragem pelo Poder Público, já manifestada em diversos acórdãos.

Nos autos do Recurso Especial nº 61.439-RS, em conflito estabelecido entre Companhia Estadual de Energia Elétrica do Rio Grande do Sul e AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda., acerca de contrato de comercialização de energia, o STJ posicionou-se favoravelmente à cláusula arbitral, que obrigava as partes a se submeterem à arbitragem.

Referido precedente se refere à sociedade de economia mista (pessoa jurídica de direito privado), de modo que esse fato foi considerado pelo STJ durante o julgamento, que sufragou a validade da cláusula arbitral, principalmente por se tratar de empresa estatal que realiza atividade econômica.

Outro importante julgamento ocorreu nos autos do Mandado de Segurança nº 11.308-DF, julgado em 2008, no qual foi decidido pela possibilidade de arbitragem quanto a direitos patrimoniais do Estado, em caso envolvendo concessão de serviços públicos e a interpretação do artigo 23 da Lei Federal nº 8.987/95.

Em referido precedente, envolvendo contrato de arrendamento mercantil da Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A, O STJ manteve seu

16 Medida Cautelar em Ação Cautelar n. 212—RJ; Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 475.917-SP; Sentença Estrangeira n. 6.753-7/Grã-Bretanha e Irlanda do Norte; entre outros.

posicionamento quanto à arbitragem envolvendo direitos patrimoniais disponíveis de sociedade de economia mista. Os trechos transcritos abaixo são esclarecedores:

A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado na mesma cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93. [...]

Assim, podemos concluir que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é favorável à arbitragem em contratos administrativos envolvendo direitos disponíveis de empresas estatais. Contudo, referida corte ainda não teve a oportunidade de apreciar casos envolvendo a Administração Direta, de modo que não se pode prever qual será o comportamento da Corte para casos desse jaez.

## 5 CONCLUSÃO

O advento da Lei Federal nº 9.307/96 provocou uma ruptura na forma de resolução de conflitos, entre as partes capazes, em relação aos direitos patrimoniais disponíveis. Referida norma instituiu uma regulamentação clara acerca do procedimento arbitral, tornando-o uma alternativa em relação ao processo judicial tradicional, o qual, em muitos casos não tinha aptidão para proporcionar uma decisão tecnicamente adequada, em tempo hábil, com certa segurança jurídica.

A lei supramencionada trouxe os conceitos de arbitrabilidade objetiva e subjetiva. O primeiro conceito revela a possibilidade de se submeter certo conflito ao juízo arbitral, o qual foi delimitado pela lei exclusivamente aos direitos patrimoniais disponíveis. Já o segundo conceito se refere à capacidade das pessoas de se submeterem à arbitragem (somente pessoas capazes).

A discussão que se coloca na presente monografia é o estudo da possível arbitrabilidade do Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público interno.

O Estado possui arbitrabilidade subjetiva, tendo em vista que possui capacidade de direito.

Ainda assim, o Poder Público também pode possuir arbitrabilidade objetiva, no que se refere aos conflitos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. Nesse sentido, vale ressaltar que o interesse público primário é sempre indisponível, mas o patrimônio público pode ser disponível.

A partir de tais premissas, iniciou-se o debate acerca da utilização da arbitragem pelo Poder Público.

Inicialmente, grande parte dos estudiosos se mostrou contrário a essa prática. Contudo, o amadurecimento em torno da matéria propiciou alterações legislativas que autorizam a arbitragem, como o artigo 23-A da Lei Federal 8.987/95.

Atualmente, diante da necessidade de obtenção de empréstimos internacionais para realização de grandes obras de infraestrutura, a arbitragem também se tornou compulsória, tendo em vista que certas entidades internacionais somente realizam empréstimos diante da cláusula compromissória prevista em contratos.

A utilização da arbitragem já é uma realidade consolidada nas empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), inclusive com ampla aceitação jurisprudencial. Todavia, o tema ainda representa um tabu para a Administração Direta.

As experiências brasileiras envolvendo a instituição de arbitragem pela Administração Direta ainda são incipientes, sendo que o *leading case* ocorreu no Estado de Sergipe, em caso envolvendo contrato de obra com a construtora Celi.

Em referido litígio, o Estado, após a celebração de contrato com cláusula compromissória, se recusou a aderir à arbitragem. O argumento invocado para tal foi a indisponibilidade do interesse público. A questão foi judicializada e o magistrado da vara cível da comarca de Aracajú proferiu sentença condenatória contra o Estado de Sergipe, obrigando-o a se submeter à arbitragem.

Após a análise de diversos casos e estudos comparativo da doutrina, pode-se concluir que as prerrogativas processuais previstas para a Fazenda Pública no processo judicial comum não são aplicáveis na arbitragem. Em referido procedimento, não se admite prazos diferenciados, reexame necessário, suspensão de segurança, entre outros instrumentos. Todavia, a sentença arbitral deverá, obrigatoriamente, se sujeitar à sistemática do precatório, tendo em vista a sua previsão constitucional. Além disso, a sentença arbitral não poderá ter um valor maior que a sentença judicial comum, proporcionado pagamento imediato, em detrimento dos demais credores estatais.

A utilização da arbitragem pelo Poder Público tende a se intensificar com o correr dos anos. Essa modalidade procedimental tende a ser saudável para os entes estatais, por proporcionar decisões mais céleres e mais qualificadas, sob o ponto de vista técnico. Espera-se que os administradores públicos se convençam de tais vantagens.

**REFERÊNCIAS**

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Suspensão do mandado de segurança pelo presidente do tribunal. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *A arbitragem e os conflitos sociais no Brasil*. São Paulo: LTR, 2000.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de Sentença e de Liminar. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. Ano 1, n. 2. São Paulo: RT, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo XV. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SALLES, Carlos Alberto. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. São Paulo: Forense, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari (org). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.