
(DES)VINCULAÇÃO DA UNIÃO À CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA CONSTANTE NO
ESTATUTO SOCIAL DA PETROBRAS: A
LEITURA CORRETA DO “CASO LAGE” E O
PRECEDENTE DO STJ – CC Nº 151.130/SP

*THE FEDERAL GOVERNMENT IS (NOT) SUBJECT TO THE
ARBITRATION CLAUSE PROVIDED IN PETROBRAS' BY-
LAWS: THE CORRECT INTERPRETATION OF “CASO LAGE”
AND THE PRECEDENT OF THE SUPERIOR COURT OF
JUSTICE – CONFLICT OF JURISDICTION N. 151.130/SP*

Gustavo Vicente Daher Montes

Advogado da União. Atuou na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República e na Procuradoria-Regional da União da 3ª Região (Coordenador de Patrimônio Público, Subprocurador-Regional da União substituto, Coordenador-substituto da Divisão de Atuação Estratégica). Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU)

SUMÁRIO: Introdução; 1. Da cláusula compromissória constante no Estatuto Social da Petrobras; 1.1. Necessidade de lei específica; 1.2. Necessidade de autorização expressa da autoridade competente; 2. Utilização de arbitragem pelo Poder Público: admissão

legal e jurisprudencial. Administração direta x administração indireta: regimes jurídicos distintos; 3. A leitura correta do Caso Lage: confirmação da necessidade de lei específica; 4. Relativização do princípio da competência-competência: hipótese patológica. O Conflito de Competência nº 151.130/SP – precedente recente do Superior Tribunal de Justiça; 5. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a (des)vinculação da União à cláusula compromissória inserida no Estatuto Social da Petrobras no ano de 2002. Serão apresentados aspectos relevantes à arbitrabilidade (possibilidade jurídica da submissão de determinado conflito de interesses à jurisdição arbitral), em especial no aspecto subjetivo (diz respeito ao sujeito da arbitragem). Será, ainda, abordado o famoso “Caso Lage” – amplamente citado nos manuais quando se estuda o histórico da arbitragem envolvendo o poder público –, para se indicar a correta leitura do caso, conferindo ênfase ao panorama normativo existente à época. Ao final, serão feitos breves comentários acerca do recente julgamento (27 de novembro de 2019) do Conflito de Competência nº 151.130/SP, no qual o Superior Tribunal de Justiça encampou a tese defendida pela União.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Voluntariedade. União. Regime jurídico administrativo. Caso Lage. Relativização do princípio da Competência-Competência. Conflito de Competência nº 151.130/SP – STJ.

ABSTRACT: The purpose of this work is to analyze if Federal Government is subject to the arbitration clause provided in Petrobras' By-Laws included in 2002. Aspects relevant to arbitrability (legal possibility of submitting a certain conflict of interest to the arbitration jurisdiction) will be presented, specially in the subjective aspect (it concerns the subject of the arbitration). The famous “Caso Lage” will also be presented – widely cited in manuals when studying the history of arbitration involving the government – to indicate the correct interpretation of the case, emphasizing the existing normative panorama at the time. Finally, brief comments will be made about the recent judgment (November 27, 2019) of Conflict of Jurisdiction n. 151.130/SP, in which the Superior Court of Justice accepted the thesis defended by the Government.

KEYWORDS: Arbitration. Volunteerism. Federal Government. Administrative legal system. Precedent “Caso Lage”. Relativization of the Competence-Competence Principle. Conflict of Jurisdiction n. 151.130/SP – STJ.

INTRODUÇÃO

A arbitragem é um dos métodos alternativos ao Poder Judiciário que pode ser utilizado para resolução de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de arbitragem) é o primeiro diploma legal brasileiro a tratar exclusivamente da arbitragem.

A natureza voluntária do instituto encontra-se expressa em diversos dispositivos de referida Lei, tal como o *caput* do art. 1º (“As pessoas capazes de contratar *poderão* valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”), seu §1º (“A administração pública direta e indireta *poderá* utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”) e o art. 3º (“As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”).

A voluntariedade ou consensualidade das partes pode ser considerada um dos pilares estruturantes dos meios alternativos de resolução de conflitos (dentre os quais se encontra a arbitragem). Vale dizer, ausente a consensualidade, as partes fatalmente levariam o conflito ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, no Brasil, não há arbitragem obrigatória: “A escolha do meio alternativo de solução de controvérsias é sempre voluntário, ou facultativo, eis que não existe no Brasil a arbitragem obrigatória (abolida entre nós em 1866)” (CARMONA, 2009, p. 36).

A forma pela qual as partes podem manifestar concordância ou consentimento em dirimir conflitos por meio da arbitragem é a convenção de arbitragem (gênero), que se subdivide em: cláusula compromissória e compromisso arbitral.

A diferença fundamental entre as espécies de convenção de arbitragem consiste no fato de ser a cláusula compromissória¹ prévia à existência do litígio, ao passo que o compromisso arbitral² lhe é posterior.

1 Lei nº 9.307, de 1996: Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

2 Lei nº 9.307, de 1996: Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

Feita essas breves considerações acerca do instituto, cumpre ressaltar que, desde a introdução da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, surgiram discussões acerca da possibilidade de utilização do instituto pelo poder público.

A origem dessa controvérsia encontra-se no fato de ser um mecanismo originariamente privado de resolução de conflitos e, ademais, diante (i) da ausência de norma expressa permitindo a utilização da via arbitral pelo poder público e (ii) do regime jurídico (de direito público) a que se submete a Administração Pública (pautado em normas e princípios específicos, tal como a legalidade e a indisponibilidade do interesse público).

No presente estudo, restará claro que nunca houve proibição à utilização de arbitragem pelo poder público, o que, evidentemente, não significa que era permitida sua utilização indistintamente pela administração (tal qual ocorre no âmbito exclusivamente privado, em que prevalece, em regra, a autonomia da vontade e a liberdade de contratação).

Mesmo após a reforma da Lei de arbitragem (implementada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que, dentre outras disposições, alterou a Lei de arbitragem para prever expressamente a possibilidade de utilização do procedimento arbitral pela administração pública), a questão ainda comporta debates envolvendo determinadas questões (tal como o conceito de direito disponível para a administração e, portanto, apto a ser objeto de arbitragem).

Oportuno lembrar, também, que a presença do poder público em determinado procedimento arbitral atrai a incidência de normas específicas – inexistentes quando se analisa a arbitragem envolvendo exclusivamente particulares –, tendo em vista o regime jurídico de direito público a que está sujeito o poder público.

O próprio legislador positivo preocupou-se em diferenciar o tratamento conferido à administração pública na arbitragem, ao exigir o respeito ao princípio da publicidade (art. 2º, § 3º, da Lei de arbitragem³), além de vedar – implicitamente – a utilização da arbitragem de equidade (apenas há permissão expressa da arbitragem de direito).

Ao optar pela via arbitral, o ente público renuncia à jurisdição estatal e, portanto, a boa parte das normas processuais que lhe são favoráveis (prazo em dobro, reexame necessário, dentre outros).

Salles (2011, p. 237) lembra que “a renúncia à jurisdição estatal e a adoção da arbitragem para solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública não são decisões, a princípio, inteiramente sujeitas à discricionariedade administrativa, dependendo de lei que as autorize”.

3 § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Essa exigência decorre, como já afirmado, do regime jurídico de direito público da administração, que possui o princípio da legalidade como núcleo essencial (em linhas gerais, segundo a legalidade, a administração pode fazer apenas aquilo que está previsto em lei; eventual discricionariedade ou liberdade de atuação também deve estar, necessariamente, prevista em norma legal).

Para Carvalho Filho (2012, p. 16), o princípio da legalidade é “certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração”.

Ao defender a necessidade de norma legal específica para eventual adoção do procedimento arbitral pelo poder público, Salles (2011, p. 239) destaca que “nem tudo que está disciplinado em lei e que pode ser utilizado pelo particular aplica-se, também, ao Poder Público. [...] Nesse sentido, a ação administrativa está condicionada à existência de permissivos legais específicos, não se reconhecendo a ela o mesmo espaço de liberdade reconhecida ao particular”.

Logo, a previsão genérica existente na redação originária da Lei de Arbitragem (“Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”) não produzia efeitos em relação à União. Esse, aliás, foi um dos motivos que ensejaram a reforma da Lei, para prever expressamente a possibilidade de utilização do instituto pela administração (em respeito à legalidade estrita).

Oportuno lembrar, também, que a atual carta constitucional – Constituição Federal de 1988 – inaugurou um capítulo específico (*Capítulo VII*) para tratar da administração pública e, no *caput* do art. 37^a, elencou expressamente os princípios que devem ser obedecidos, dentre os quais se encontra o da legalidade, o que demonstra a importância de referido princípio ao regime jurídico administrativo.

Logo, tendo em vista a natureza voluntária da arbitragem, os princípios e regras que norteiam a atuação do poder público e, por fim, a renúncia à jurisdição estatal, é certo que a vinculação da União a determinado procedimento arbitral deve ser fruto de inequívoca e expressa manifestação de vontade (a se materializar por meio de lei formal e específica).

A seguir, passa-se a analisar o panorama (fático e normativo) existente no momento da inclusão do art. 58 (cláusula compromissória) no Estatuto Social da Petrobras, com menções a dois precedentes emblemáticos envolvendo a participação da União em arbitragem: o caso Lage (julgado

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

pelo Supremo Tribunal Federal em 1973) e o Conflito de Competência 151.130/SP (julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no final de 2019).

1. DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CONSTANTE NO ESTATUTO SOCIAL DA PETROBRAS

Em 22 de março de 2002 (antes, portanto, da reforma da Lei de Arbitragem), foi realizada Assembleia Geral (Ordinária e Extraordinária) no âmbito da Petrobras (sociedade de economia mista), na qual se optou por inserir o art. 58 em seu Estatuto Social, além de serem efetivadas outras alterações estatutárias. Mencionado dispositivo passou a prever que determinados conflitos entre os acionistas e a companhia deveriam ser resolvidos por meio de arbitragem, como se verifica a seguir:

Art. 58 - Deverão ser resolvidas por meio de arbitragem, obedecidas às regras previstas pela Câmara de Arbitragem do Mercado, as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste estatuto social, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes dos contratos eventualmente celebrados pela Petrobras com bolsa de valores ou entidade mantenedora de mercado de balcão organizado, credenciada na Comissão de Valores Mobiliários, tendo por objetivo a adoção de padrões de governança societária fixados por estas entidades, e dos respectivos regulamentos de práticas diferenciadas de governança corporativa, se for o caso.

Parágrafo único. As deliberações da União, através de voto em Assembleia Geral, que visem à orientação de seus negócios, nos termos do artigo 238 da Lei n 6.404, de 1976, são considerados formas de exercício de direitos indisponíveis e não estarão sujeitas ao procedimento arbitral previsto no *caput* deste artigo.

Com base nessa cláusula compromissória, foram instaurados três procedimentos arbitrais em desfavor da União⁵. Por envolver a administração, os procedimentos são, em regra, públicos, em respeito ao

5 Procedimento Arbitral CAM 75/2016, Procedimento Arbitral CAM 85/2017 e Procedimento Arbitral CAM 97/2017.

princípio da publicidade, previsto na Constituição Federal⁶ e reproduzido na Lei de Arbitragem (art. 2º, §3º⁷).

Os três procedimentos arbitrais acima referidos foram objeto de objeção (perante o Presidente da Câmara de Arbitragem do Mercado – CAM, perante a qual os procedimentos foram instaurados, uma vez que, à época, o Tribunal Arbitral não estava constituído) pela União, imediatamente após o recebimento das intimações informando a existência dos procedimentos. Nas objeções, a União externou as razões pelas quais entendia não estar vinculada à cláusula compromissória. Diante do indeferimento das objeções, o ente público federal ajuizou demandas judiciais (ações declaratórias de inexistência de relação jurídica⁸), questionando a instauração de arbitragens contra sua vontade, dentre outras ilegalidades e inconstitucionalidades.

Considerando que o processo judicial ajuizado a partir do processamento do procedimento arbitral nº 75/2016 ensejou a prolação do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no CC 151.130/SP, serão feitos breves apontamentos acerca desse procedimento.

Em referido procedimento arbitral, acionistas minoritários da Petrobras instauraram arbitragem em desfavor da União – e, também, da Petrobras –, com o objetivo de serem ressarcidos por supostos prejuízos sofridos em razão da desvalorização das ações da Companhia em decorrência dos impactos negativos gerados a partir dos fatos apurados e revelados ao público no âmbito da “Operação Lava Jato”.

Segundo os requerentes, a União estaria vinculada à cláusula compromissória contida no Estatuto Social da Petrobras pelo fato de ser acionista (majoritária) da companhia, e, também, por ter participado da Assembleia que incluiu o art. 58 no Estatuto Social da companhia, motivos pelos quais deveria figurar como requerida, juntamente com a Petrobras.

A seguir, passa-se a expor os motivos pelos quais se entende que não há vinculação da União à mencionada cláusula compromissória.

1.1. Necessidade de lei específica

Como já dito, à época em que realizada a Assembleia Geral da Petrobras que ensejou a inclusão do art. 58 ao seu Estatuto Social (22 de

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

7 § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

8 Processos judiciais nº 0025090-62.2016.4.03.6100, 5009098-39.2017.4.03.6100 e 0230623-98.2017.4.02.5101.

março de 2002), não havia lei específica que autorizasse a participação da União em procedimento arbitral.

A autorização legal apenas adveio com a publicação da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que reformou a Lei de arbitragem, incluindo a permissão no § 1º ao art. 1º da Lei de Arbitragem: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Evidentemente, a mera autorização legal acima transcrita não obriga o ente público federal – submetido, como já afirmado, a um regime jurídico de direito público – a participar de toda e qualquer arbitragem instaurada a seu desfavor.

Para que ocorra regular participação do ente público, faz-se necessário que a União manifeste consentimento nesse sentido, pois, como já dito, a característica essencial da arbitragem é a voluntariedade.

Portanto, tendo em vista o arcabouço legislativo (in)existente à época em que realizada mencionada Assembleia da Petrobras, conclui-se que a União não poderia comprometer-se a dirimir eventual conflito pela via arbitral. Não havia autorização legal, tampouco manifestação de vontade da União no sentido de se vincular à cláusula compromissória em análise.

1.2. Necessidade de autorização expressa da autoridade competente

Outro pressuposto necessário à regularidade da convenção de arbitragem envolvendo o Poder Público é a autorização da autoridade competente.

Salles (2011, p. 238) ressalta o seguinte: “uma vez autorizada em lei, abre-se a possibilidade de o Administrador, discricionariamente, decidir quanto a sua adoção em relação a determinado contrato. [...] mesmo nas situações nas quais o ordenamento jurídico autoriza a arbitragem para solução de controvérsias decorrentes de contratos administrativos, sua adoção e implementação deve obedecer alguns requisitos, em grande parte de ordem processual”.

Segundo a Lei de Arbitragem, a autoridade que possui competência administrativa para autorizar a instauração de arbitragem é a mesma que possui competência para a realização de acordos e transações no âmbito da Administração Pública Federal (§2º do art. 1º da Lei nº 9.307, de 1996).

No âmbito da União, para se aferir quem seria o agente competente para firmar convenção de arbitragem, devem ser observadas as alçadas previstas no Decreto nº 10.201, de 15 de janeiro de 2020 (regulamenta a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997), que, no §1º do art. 2º, dispõe que os acordos e transações que envolvam valores superiores a R\$ 50.000.000,00

(cinquenta milhões de reais) dependem de “prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto”.

Considerando que os procedimentos arbitrais instaurados em desfavor da União com base no art. 58 do Estatuto Social da Petrobras possuem valores superiores a bilhões de reais, far-se-ia necessário que a convenção de arbitragem tivesse sido autorizada pelo Advogado-Geral da União e pelo Ministro da Fazenda (à época, autoridade competente).

Ocorre que, no bojo do processo administrativo (que antecedeu a votação da Assembleia Geral) instaurado pela União para análise das alterações estatutárias que seriam feitas no Estatuto da Petrobras – dentre as quais se destaca a inclusão do art. 58 – não consta autorização expressa da autoridade competente à inclusão da cláusula compromissória.

A propósito, convém ressaltar que o procedimento para alteração estatutária foi iniciado exclusivamente pela Petrobras, com o objetivo de aperfeiçoar práticas de governança corporativa e migrar para o Nível 2 (um dos segmentos especiais), criado pela Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA.

Sendo a Petrobras sociedade de economia mista⁹ (integrante da Administração indireta), com personalidade jurídica própria e diversa da União (que compõe a Administração direta), sua manifestação de vontade não se confunde com a manifestação de vontade da União.

No ano de 2002, aliás, e como já dito reiteradas vezes, sequer era permitido à União dirimir conflitos por meio de procedimento arbitral, tendo em vista a já mencionada ausência de lei autorizadora.

Não é demais lembrar que o Ministro da Fazenda não esteve presente na Assembleia de 22 de março de 2002, na qual se decidiu pela inclusão do dispositivo em análise; a União esteve representada por um Procurador que não possuía competência para firmar cláusula compromissória que viria a ser fundamento para a instauração de procedimentos arbitrais bilionários.

Nesses termos, a inclusão do art. 58 no Estatuto Social da Petrobras não foi autorizada expressamente pela autoridade que teria competência para firmar a cláusula compromissória. Não vincula, conseqüentemente, a União, mas apenas a própria Companhia e os demais acionistas.

9 Estatuto Social da Petrobras: Art. 1º- A Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, doravante denominada “Petrobras” ou “Companhia”, é uma sociedade de economia mista, sob controle da União com prazo de duração indeterminado, que se regerá pelas normas da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) e pelo presente Estatuto.

2. UTILIZAÇÃO DE ARBITRAGEM PELO PODER PÚBLICO: ADMISSÃO LEGAL E JURISPRUDENCIAL. ADMINISTRAÇÃO DIRETA X ADMINISTRAÇÃO INDIRETA: REGIMES JURÍDICOS DISTINTOS

Dentre as cautelas adotadas pelo poder público ao firmar contratos administrativos encontra-se a busca pela previsibilidade e pela segurança jurídica, de modo a fomentar os particulares e as empresas (nacionais e estrangeiras) a investirem em negócios no país.

A arbitragem certamente contribui para a consecução desses objetivos, uma vez que seu procedimento é mais célere do que a solução de conflitos pela via judicial. Segundo Salles (2011, p. 148), a arbitragem “pode vir a ser útil em determinados contextos, sobretudo em matéria contratual e, muito especialmente, naqueles casos em que se pretenda atrair recursos privados para atividades do estado, situações nas quais a solução arbitral pode representar garantia de uma solução adequada para eventuais controvérsias que possam surgir”.

Portanto, buscando estabilidade das relações jurídicas, previsibilidade, segurança jurídica, e soluções céleres diante de óbices surgidos nas execuções de contratos administrativos, dentre outros motivos, houve a edição de leis (inclusive anteriores à reforma da Lei de Arbitragem) que permitiam a utilização de arbitragem pela administração nas contratações efetuadas em determinados setores, tais como: art. 62, §1º, da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013 (dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, dentre outras providências); art. 11, III, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública); e art. 23-A, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências).

As normas acima mencionadas preveem a possibilidade de utilização da arbitragem diante de conflitos que viessem a surgir envolvendo o contrato ou, ainda o pagamento de eventuais débitos contratuais.

Entretanto, é necessário destacar que nenhuma dessas normas possuía comando específico e diretamente direcionado à União.

Em consequência, as normas anteriores à reforma da Lei de Arbitragem – que previam a utilização de arbitragem pelo poder público – tinham por destinatários poderes públicos enquanto entidades da administração indireta (mas não a União).

Havia, inclusive, jurisprudência admitindo a utilização da arbitragem pela administração pública para dirimir conflitos. Entretanto, dentre os

casos pesquisados, não se encontrou precedente específico envolvendo a União (à exceção do caso Lage, que será tratado em capítulo próprio), mas apenas entes da administração indireta, em especial sociedades de economia mista, que possuem personalidade jurídica de direito privado¹⁰.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

[...]

5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

[...]

9. A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2011).

¹⁰ Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016: Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações caom direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

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

[...]

6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, *in litteris*: ‘Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração.’ Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como ‘caso Lage’, no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente ‘a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.’ Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min, Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público.” (in “Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória”, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399).

7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como ‘disponíveis’, porquanto de natureza contratual ou privada.

[...]

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

12. As sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a incorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.

13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, verbis: '[...] Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça.' (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418).

[...]a

16. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o «risco» de serem derrotadas na arbitragem. (Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003)

[...]

21. Por fim, conclui com acerto Ministério Público, *verbis*: ‘*In casu*, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante. A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: ‘as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.’ (fls. 472/473)

22. *Ex positis*, concedo a segurança, para confirmar o teor da liminar dantes deferida, em que se determinava a conservação do *statu quo ante*, face a sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, porquanto o presente litígio deverá ser conhecido e solucionado por juízo arbitral competente, eleito pelas partes.

(BRASIL, 2008).

Como se nota, os precedentes envolvendo a participação do poder público em arbitragem dizem respeito à administração indireta, em especial, sociedades de economia mista.

Os entes da administração indireta são criados por lei¹¹, com o objetivo de permitir a atuação do Estado em diferentes setores da sociedade, buscando maior especialização e eficiência e, conseqüentemente, oferecendo obras ou serviços de melhor qualidade.

Conseqüentemente, a própria lei de criação de uma entidade integrante da administração indireta, invariavelmente, permite maior flexibilidade e a autonomia de atuação.

Por esse motivo nota-se a existência de inúmeros procedimentos arbitrais envolvendo entidades da administração indireta – inclusive em momento anterior à reforma da Lei de Arbitragem.

A própria Constituição Federal é expressa ao dispor que as sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem

11 Constituição Federal: Art. 37 [...]. XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

atividades econômicas terão estatutos jurídicos sujeitos ao “regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal). Naturalmente, elas podem solucionar conflitos por meio de arbitragem (mecanismo tipicamente privado de solução de conflitos).

No precedente acima citado (BRASIL, 2008), o Supremo Tribunal Federal afirmou categoricamente que “as sociedades de economia mista encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais”, motivo pelo qual não há “quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses”.

Portanto, a participação de uma sociedade de economia mista em arbitragem é, há bastante tempo, admitida pela jurisprudência – o que não ocorre em relação à União – e o fundamento primordial é constitucional (art. 173, § 1º, II). Em consequência, pode-se dizer que a cláusula compromissória constante no Estatuto Social da Petrobras (sociedade de economia mista) era existente, válida e eficaz em relação à companhia (que possui personalidade jurídica própria); porém, não à União.

3. A LEITURA CORRETA DO CASO LAGE: CONFIRMAÇÃO DA NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA

O célebre “caso Lage” – mencionado na jurisprudência transcrita no capítulo anterior – é invariavelmente citado quando se analisa o histórico de arbitragens envolvendo o Poder Público (sobretudo a administração direta). Mencionado precedente, além de confirmar a possibilidade de utilização da arbitragem pela União (o que é comumente lembrado em diversos manuais), ratifica a necessidade de lei específica para isso.

O precedente foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 1973, e possui a seguinte ementa:

INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPOLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. *Legalidade do juízo arbitral, que o 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.
3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da Lei nº 4.414, de 1964.
4. Correção monetária concedida, pelo tribunal a quo, a partir da publicação da Lei nº 4.686, de 21.6.65. Decisão correta.
5. Agravo de instrumento a que se negou provimento. (BRASIL, 1973).

O caso é emblemático por diversos aspectos, sobretudo pelo pioneirismo em relação à temática envolvendo a administração direta, cujo julgamento ocorreu pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no ano de 1973 (BRASIL, 1973).

Ocorre que a mera leitura da ementa não é suficiente para esclarecer as especificidades presentes por ocasião do julgamento.

No precedente histórico, a União, no ano de 1942 – sob estado de guerra –, efetuou a desapropriação de patrimônio privado (por meio do Decreto-Lei nº 4.648, de 2 de setembro de 1942) e, após alguns anos, mediante o Decreto-Lei nº 9.521, de 1946, submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão patrimonial pendente com a Organização Lage.

Por meio do Decreto-Lei nº 4.648, de 1942, a União incorporou bens e direitos das empresas da chamada “Organização Lage” e do espólio de Henrique Lage (excetuados bens e direitos que não fossem relevantes para a economia e defesa nacionais, segundo previsto no art. 4^o¹² do Decreto-Lei).

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 9.521, de 1946, especificou os bens e direitos relevantes para a economia e defesa nacionais e que, portanto, ficavam definitivamente incorporados ao Patrimônio Nacional (art. 2^o¹³),

12 Art. 4º Do plano de liquidação serão excluídos todos os bens e direitos que o Governo não considerar de interesse para a economia ou para a defesa nacional, os quais serão devolvidos a quem de direito, ou, na falta destes, alienados.

13 Art. 2º São considerados de interesse para economia e a defesa nacionais e ficam definitivamente incorporados ao Patrimônio Nacional os seguintes bens e direitos:

- a) acervo da Companhia, Nacional de Navegação Costeira;
- b) imóveis abaixo discriminados, cujo domínio pleno ou somente útil pertencia ao Espólio de Henrique Lage: [...]
- c) as benfeitorias, móveis, semo-ventes e demais instalações existentes nesses imóveis, que já não pertençam ao acervo das empresas indicadas nas letras a, d, e e f;
- d) acervo do Lloyd Nacional S. A.;
- e) acervo da Companhia Serras de Navegação e Comércio;

compreendendo acervos de companhias, imóveis (ilhas, fazendas e terrenos) e navio.

O Decreto-Lei nº 9.521, de 1946, ainda dispôs que a União pagaria indenização pelos pertences incorporados e que o *quantum* seria fixado por um juízo arbitral¹⁴.

Mencionado normativo ainda previu que o juízo arbitral seria instituído de acordo com o disposto no Decreto-Lei. O art. 12¹⁵ do Decreto-Lei instituiu expressamente o juízo arbitral; já os dispositivos seguintes regulamentavam a forma de composição do Tribunal Arbitral, bem como demais procedimentos a serem observados.

Ocorre que, dessa relação surgiram discordâncias envolvendo a fixação dos valores devidos a título de indenização, motivo pelo qual o caso foi judicializado – por meio de ação anulatória – e submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal, como lembrado por Rodi (2016, p. 29):

A primeira sentença arbitral foi proferida em 1948, mas quatro anos mais tarde teve de ser revisitada em função de um parecer do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que argumentava pela inconstitucionalidade do juízo arbitral para dirimir questão pública. O caso foi decidido em 1973 pelo STF no sentido de restabelecer a sentença de primeiro grau, favorável à arbitragem. Interessante notar que o STF vem pautando toda sua jurisprudência sobre o assunto em um único julgado muito antigo, não parece ter atualizado a discussão nos anos mais recentes.

Pelo que se nota, o Caso Lage realmente confirmou a possibilidade de utilização de arbitragem pelo Poder Público (no caso, a administração direta federal). Tal fato é incontroverso e essa informação é propagada e difundida nos mais diversos manuais, artigos e julgados que analisam o assunto.

f) acervo da Sociedade Brasileira de Cabotagem Limitada;
g) navio “Araponga” registrado em nome de Henrique Lage.

14 Decreto-Lei nº 9.521, de 1946: (...)

Art. 4º A União pagará pela incorporação dos bens e direitos especificados no art. 2º uma indenização correspondente ao justo valor que ditos bens e direitos tinham na data em que entrou em Vigor o Decreto-lei nº 4.648, de 2 de 8 Setembro de 1942, e o respectivo “quantum” será fixado pelo Juízo Arbitral a ser instituído de acôrdo com o disposto no art. 12 do presente Decreto-lei.

15 Art. 12. Fica instituído o Juízo Arbitral para o fim especial de julgar, em única instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio de Henrique Lage, sua herdeira e legatários, aos Decretos-leis ns. 4.648, de 2 de Setembro de 1942, e 7.024, de 6 de Novembro de 1944, com as seguintes atribuições: [...]

Contudo, faz-se necessária uma análise mais profunda das circunstâncias – em especial, as normas então vigentes – em que ocorreu a participação da União na arbitragem.

Como acima descrito, na época, a participação da União em arbitragem foi prevista no Decreto-Lei nº 9.521, de 1946 (art. 4º), que regulamentou, também, o procedimento a ser observado na condução do procedimento arbitral, tal como número de membros do Juízo Arbitral (art. 14), (im)possibilidade de recurso (art. 16), forma de remuneração dos árbitros (art. 17), dentre outros.

Naquele momento, encontrava-se vigente a Constituição de 1937 (Constituição dos Estados Unidos do Brasil), que trazia a seguinte previsão no capítulo Do Poder Legislativo:

Art 38 - O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição.

Nesses termos, o Decreto-Lei nº 9.521, de 1946, possuía *status* de lei e, desse modo, atendia os princípios da autonomia da vontade e da legalidade para possibilitar a utilização de arbitragem pelo poder público para dirimir conflito individualizado.

Em outras palavras, a autonomia da vontade e a autorização legal (expressa e específica) encontravam-se consubstanciadas pela edição de Decreto-Lei (que, como apontado, tinha força de lei).

No julgamento do Caso Lage, o Min. Relator, Bilac Pinto, do STF, consignou o seguinte:

O que se assegura é o direito à jurisdição, o acesso às Justiças regulares, a possibilidade ressalvada de poderem levar a juízo a sua pretensão ou de não responderem senão em juízo.

Ao inverso, o Juízo Arbitral supõe, no ato da sua constituição, o acordo das partes que consentem em subtrair a causa às Justiças regulares, estando pelo que decidirem os juízes-árbitros por eles escolhidos. Jamais se entendeu, aqui ou alhures, pudesse o compromisso arbitral constituir uma infração daquele princípio tradicional.

É certo que o negócio jurídico pode exigir (e isso só pode ocorrer, aliás, em se tratando de causa em que seja parte a Fazenda Pública)

uma autorização legislativa para a instituição do Juízo Arbitral, e, em tal caso, provindo da lei, como sucede na hipótese, a subtração do litígio às Justiças regulares.

Mas, o compromisso firmado com a outra parte importaria na aceitação por esta da via adotada em substituição à judiciária, conservando-se assim no plano consensual a solução arbitral. (BRASIL, 1973).

O Min. Rodrigues Alckmin, após pedido de vista, apresentou voto escrito, destacando que:

Friso, de início, que não há invocar, para combater a legitimidade do DL 9.521/46, textos de leis ordinárias que se consideram por ele desatendidas. Evidentemente é que, sendo o Decreto-Lei equiparado às mais leis, ao tempo; a eventual desconformidade entre seu texto e as regras de *diplomas* legais anteriores se resolveria pela prevalência daquele, no caso a que se aplica. [...] óbvio é que, se o espólio de Henrique Lage, herdeira e legatários não estivessem de acordo com o chamado “Juízo Arbitral” estabelecido no DL 9.521/46, este não seria possível (v. art. 14 sobre a indicação dos árbitros). Tal Decreto-Lei, na verdade, corresponde, materialmente, à manifestação de vontade da União, para o acordo com os interessados no sentido de que o valor da indenização fosse fixado por terceiros. (BRASIL, 1973).

Como se depreende, o Min. Rodrigues Alckmin ressaltou que o Decreto-Lei nº 9.521, de 1946, possuía *status* de lei, correspondendo, materialmente, à própria manifestação da vontade da União. A natureza jurídica do DL foi, também, lembrada na seguinte passagem de seu voto, ao equiparar as normas do Decreto-Lei àquelas previstas no Código de Processo Civil: “E – repito – alegação de ofensa a princípios do Código de Processo Civil é irrelevante, diante do texto do Decreto-Lei que, *estatuto da mesma categoria*, teria disposto diversamente”.

Em resumo, ao julgar o caso Lage, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a arbitragem poderia ser utilizada pela Administração Pública, desde que houvesse previsão em lei específica (requisito satisfeito, na hipótese analisada, pela edição do Decreto-Lei nº 9.521/46). No caso, inclusive, a lei autorizadora previu todo o procedimento que regeria a arbitragem, em especial a participação da autoridade competente (art. 14¹⁶).

16 Art. 14. O Juízo Arbitral será constituído de três (3) membros, dos quais um de nomeação do Ministro da Fazenda e outro indicado pela inventariante do Espólio de Henrique Lage, mediante autorização do Juízo

A partir desse julgado, há quem defenda o seguinte ponto de vista: diante desse precedente, não há vedação para a participação da administração pública em procedimento arbitral, sendo, *a contrario sensu*, perfeitamente possível. É necessário ressaltar, contudo, que a ausência de vedação legal não implica, automaticamente, na possibilidade de utilização do instituto pela administração pública de modo irrestrito (sobretudo quando se trata de administração pública direta, como já demonstrado).

4. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA: HIPÓTESE PATOLÓGICA. O CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 151.130/SP – PRECEDENTE RECENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, convém analisar o CC 151.130/SP, em que o STJ entendeu que a cláusula compromissória contida no Estatuto Social da Petrobras é patológica, de maneira que o princípio da competência-competência deve ser relativizado para se reservar ao Poder Judiciário conhecimento imediato da controvérsia, como se passa a detalhar.

Segundo o princípio da competência-competência, cabe ao árbitro, de antemão, decidir questões afetas à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem (parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem¹⁷).

Trata-se de regra geral que comporta exceção, quando se verifica a presença de uma hipótese patológica, situação em que pode o Poder Judiciário enfrentar a questão *prima facie*, a qualquer momento e independentemente de decisão anterior do Tribunal Arbitral.

Para Oliveira e Estefam (2019, p. 89), a administração deve tomar cuidados ao firmar convenção de arbitragem, evitando cláusulas patológicas:

Repise-se que a Administração não pode adotar providências inconsistentes, incoerentes e não planejadas. A escolha pela via Arbitral e a redação da convenção de arbitragem dependem de um planejamento estratégico específico e de uma decisão amadurecida.

do inventário, após audiência dos demais interessados. O terceiro será escolhido de comum acordo pelos dois primeiros, dentre os Ministros de Supremo Tribunal Federal, em exercício ou aposentados.

17 Lei nº 9.307, de 1996: Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

A propósito, é preciso que se avalie as vantagens em se prever a arbitragem no caso concreto de acordo com estudos e avaliações a serem levadas a cabo pela Administração e outros atores.

Oliveira e Estefam (2019, p. 90) assim definem cláusula patológica:

Diz que a cláusula arbitral é *patológica* (“*clauses pathologiques*”) quando ela não oferece com clareza a forma de instituição de arbitragem e não permite identificar a real intenção das partes em eleger o método arbitral. São aquelas cláusulas imperfeitas, confusas e defeituosas que, pela deficiência de seus elementos mínimos, provocam dificuldades ao desenvolvimento harmonioso da arbitragem, podendo gerar a sua nulidade.

Garcez (2007, p. 199–200), ao tratar das cláusulas compromissórias patológicas, defende que a convenção arbitral deve expressar, inequivocamente, a vontade das partes em resolver eventual conflito por meio de arbitragem:

Não é exigido que a convenção de arbitragem siga algum modelo formal, mas sim que expresse, de forma inequívoca, a vontade das partes em adotar a arbitragem como método para solução dos conflitos abrangidos ou a serem referenciados e abrangidos pelas partes para esse efeito.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido que o princípio da competência–competência pode ser relativizado diante de “hipóteses verdadeiramente patológicas”, como se verifica a seguir:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA “PATOLÓGICA”. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

[...]

4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar

a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

5. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2016).

No bojo do (recente) julgamento do CC 151.130, essa posição foi novamente reafirmada pelo STJ. A Ministra Nancy Andriighi, apesar de ter sido vencida no julgamento do mérito, consignou a competência do Poder Judiciário para analisar a questão independentemente de manifestação prévia do Tribunal Arbitral, quando se estiver diante de cláusula compromissória patológica: “Portanto, apenas diante de cláusulas que sejam claramente ilegais, sem qualquer margem de interpretação ao contrário, pode ser declarada nula pelo Poder Judiciário, antes da manifestação do juízo arbitral acerca da controvérsia”.

O Ministro Luis Felipe Salomão (relator do voto vencedor), na mesma linha, entendeu que a regra *kompetenz-kompetenz* não se aplica ao caso, tendo em vista que a discussão compreende a análise pretérita atinente à própria existência da cláusula compromissória.

O Ministro destacou que a União jamais aderiu à cláusula compromissória, tendo se insurgido tão logo notificada acerca da instauração de procedimento arbitral, valendo-se, inclusive, de pedido de tutela de urgência perante a jurisdição estatal (após ver objeção direcionada ao Presidente da CAM denegada).

Destacou, também, que deve haver uma “convivência harmônica entre a jurisdição estatal e a arbitral”, ainda que diante de juízo de provisoriedade exercido pela jurisdição estatal, sob pena de se excepcionar indevidamente a garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição estatal (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Ao declarar voto no CC 151.130/SP, o Ministro Marco Aurélio Bellizze ressaltou a importância do princípio da legalidade quando se está diante de ato da administração pública, e acrescentou o seguinte:

A esse desfecho adiro integralmente, com as vênias à relatora, Ministra Nancy Andriighi, com acréscimo de fundamentação a seguir exposta, por também reputar que a hipótese dos autos retrata justamente situação excepcional que comporta imediata deliberação judicial, a contemporizar a aplicação do princípio do *kompetenz-kompetenz*, em razão da literalidade em que redigido o compromisso arbitral, expresso em delimitar a matéria passível de ser submetida à arbitragem e os sujeitos a ela adstritos, não se podendo aferir de seus termos a inclusão, por presunção, da União Federal.

[...]

No ponto, não se olvida, tampouco se dissuade da regra segundo a qual cabe ao Juízo arbitral, nos termos do art. 8º da Lei n. 9.307/1996 que lhe confere a medida de competência mínima, veiculada no Princípio da kompetenz kompetenz, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal propósito, sobre as questões relativas à existência, validade e eficácia (objetiva e subjetiva) da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Todavia, conforme adiantado, a doutrina especializada, assim como a jurisprudência desta Corte de Justiça, admite excepcionalmente e em tese que o Juízo estatal, instado, naturalmente, para tanto, reconheça a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem sempre que o vício que a inquina revelar-se, *prima facie*, clarividente. (BRASIL, 2019).

Como se nota, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de admitir intervenção do Poder Judiciário em situação envolvendo cláusula compromissória patológica. E, nesse cenário, o Judiciário pode atuar independentemente (i) do momento em que se encontre o procedimento arbitral e (ii) de manifestação prévia do Tribunal Arbitral, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal, garantia fundamental prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Ultrapassada a prejudicial relativa à flexibilização do princípio da competência-competência – circunstância que permite o conhecimento da matéria pelo Poder Judiciário –, convém lembrar os argumentos utilizados pelo STJ no âmbito do CC 151.130/SP para fundamentar a não vinculação da União à cláusula compromissória em comento.

A instauração do CC 151.130/SP surgiu a partir de um conflito positivo de competência verificado entre Tribunal Arbitral (que proferiu sentença arbitral parcial reconhecendo a possibilidade de manutenção da União como requerida no procedimento arbitral nº 75/2016) e Justiça Federal (que concedeu liminar em ação declaratória desobrigando a União da participação no procedimento arbitral)¹⁸.

18 Constituição Federal: Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: [...] d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

Em maio de 2018, a Min. Nancy Andrighi suspendeu, monocraticamente, a eficácia da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que obstava a participação da União no procedimento arbitral. Entretanto, houve uma reviravolta no julgamento.

Em novembro de 2019, na continuação do julgamento, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça declarou competente o Juízo Federal suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, acompanhado pelos seguintes Ministros: Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro (vencida a Min. Nancy Andrighi).

A tese defendida pela União sagrou-se vencedora com expressiva maioria da Segunda Seção do STJ: 8 (oito) votos favoráveis e apenas 1 (um) contrário.

E, segundo decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça: compete à Justiça Federal, com exclusividade, apreciar e decidir a questão referente à vinculação da União à cláusula compromissória contida no Estatuto Social da Petrobras, como, aliás, constou expressamente na ementa do julgamento:

4. Em tal contexto, considerando a discussão prévia acerca da própria existência da cláusula compromissória em relação ao ente público – circunstância em que se evidencia inaplicável a regra da “competência-competência” – sobressai a competência exclusiva do Juízo estatal para o processamento e o julgamento de ações indenizatórias movidas por investidores acionistas da Petrobrás em face da União e da Companhia. (BRASIL, 2019).

O voto vencedor conferiu bastante ênfase àquilo que foi incessantemente defendido pelo ente público: não havia lei autorizadora, tampouco manifestação de vontade da União para se submeter à cláusula compromissória em comento. Ademais, consignou-se que a vontade da sociedade de economia mista (Petrobras) não se confunde com a vontade da União.

As questões tratadas até o momento dizem respeito à arbitrabilidade subjetiva, isto é, aos motivos pelos quais a União não poderia ser parte (no caso, requerida) no procedimento arbitral em análise.

Inclusive, o Min. Luis Felipe Salomão destacou que a União jamais aderiu à cláusula compromissória, tendo se insurgido tão logo notificada acerca da instauração de procedimento arbitral, valendo-se, inclusive, de pedido de tutela de urgência perante a jurisdição estatal (após ver

objeção direcionada ao Presidente da CAM denegada). Tal atitude denota a manifestação de vontade do ente (postura adotada desde o início): não participar do procedimento arbitral.

O Ministro ressaltou, ainda, o seguinte:

Com efeito, a autorização legal extraída da Lei nº 13.129/2015 refere-se à consagração, no âmbito legislativo, da jurisprudência já sedimentada do STJ e do STF quanto à adoção da arbitragem à administração pública, mas isto desde que diante de previsão legal ou regulamentar próprios.

Dessa forma, observada a máxima vênia, penso que a melhor interpretação é no sentido de que, muito embora a arbitragem seja permitida nas demandas societárias e naquelas envolvendo a administração pública, não se pode afastar a exigência de regramento específico que apresente a delimitação e a extensão de determinado procedimento arbitral ao sócio controlador, notadamente em se tratando de ente federativo, no caso a União, em que a própria manifestação de vontade deve estar condicionada ao princípio da legalidade.

[...]

Assim é que o estatuto social da Petrobras, nos termos e contexto apresentados, expressa tão somente a vontade da companhia em submeter-se à arbitragem nas hipóteses expressamente indicadas – e não da União –, em razão da já pontuada ausência de regramento específico próprio.

[...]

Assim, em se tratando da Administração Pública, a própria manifestação de vontade do ente está condicionada ao princípio da legalidade, mediante interpretação restritiva, nos termos da cláusula. (BRASIL, 2019).

O Min. Marco Aurélio Bellizze fez questão de declarar voto por escrito, e, concordando com as razões expostas pelo voto vencedor, consignou que o consentimento da Administração Pública para participar de arbitragem deve ocorrer de maneira expressa e inequívoca, diferentemente da arbitragem estabelecida entre particulares, na qual se admite o consentimento tácito. Destacou, também:

Tampouco se poderia supor, para efeito de reconhecimento do consentimento à arbitragem, que uma pessoa jurídica de direito público integrante da Administração direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), adstrita, repisa-se, ao princípio da legalidade estrita, integre toda e qualquer arbitragem que uma empresa pública ou sociedade econômica a ela vinculada venha a participar, responsabilizando-se (como garante universal) diretamente pelos seus atos, o que ignoraria, a um só tempo, a autonomia e a personalidade jurídica própria de cada qual. (BRASIL, 2019).

Com efeito, não seria razoável admitir que a União viesse a integrar qualquer arbitragem que uma empresa pública ou sociedade de economia mista (a ela vinculada) participasse, pelo simples fato de ser acionista.

Além de discorrer sobre a arbitrabilidade subjetiva, o julgador do STJ também enfrentou a questão sob o ponto de vista da arbitrabilidade objetiva (isto é, se o litígio poderia ser objeto de arbitragem). Os Ministros Luis Felipe Salomão e Marco Aurélio Bellizze foram bastante enfáticos ao declararem que a pretensão dos requerentes (indenização) não se limitava a conflito societário, envolvendo discussão afeta à responsabilidade civil. Consequentemente, o objeto da arbitragem (responsabilização civil) não poderia ser enquadrado como “direito disponível” (requisito exigido pela própria Lei de Arbitragem para satisfazer a arbitrabilidade objetiva).

O Ministério Público Federal, ao manifestar-se sobre a discussão, lembrou que a pretensão dos particulares era mais abrangente do que “a consecução de atos praticados pela União Federal na estrita condição de acionista controladora da Empresa”. Ainda segundo o *Parquet*:

Há que se ponderar, ademais, os precisos termos do parágrafo único, que atribui às deliberações da União em assembleia geral, com fundamento no art. 238 da Lei 6.404/76, a natureza de direito indisponível, insuscetível, por conseguinte, de sujeição ao juízo arbitral, fls. (e-STJ) idem:

[...]

De fato, a pretensão ora formulada pelos acionistas que se sentiram lesados pela investigação criminal denominada “Operação Lava Jato” é extravagante ao universo estritamente societário, ultrapassa em muito a competência do juízo arbitral, nos precisos limites do estatuto da própria Companhia, como bem asseverou o douto Tribunal Regional Federal da 3ª. Região, pois a cláusula de arbitragem não alcança litígios

estabelecidos entre os próprios acionistas, tampouco estende-se à revisão das deliberações da União, tomadas nos termos do art. 238, § 2º da Lei 6.404/76.

[...]

Trata-se aqui da responsabilidade que se pretende atribuir a um ente da Administração Federal Direta não por ato por ele praticado, mas pelo simples fato de ser acionista majoritário de uma de suas sociedades de economia mista: é uma pretensão estranha ao universo societário que, por conseguinte, deve ser deduzida perante o juízo federal comum. (BRASIL, 2019).

Como se verifica, o precedente em comento analisou a questão sob diferentes óticas (arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva), e concluiu que a União não está vinculada à cláusula compromissória inserida pela Petrobras em seu Estatuto.

5. CONCLUSÃO

Como demonstrado, atualmente encontra-se superado o entendimento no sentido que a União não poderia participar de procedimento arbitral. A participação é, não apenas possível, mas também desejável em determinadas situações, tendo em vista a celeridade do instituto.

A União, inclusive, possui, atualmente, um Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA) para tratar exclusivamente de procedimentos arbitrais.

Evidentemente, o assentimento para resolução de determinado conflito por meio da via arbitral deve ocorrer de maneira expressa e inequívoca por parte do ente público, além de serem observados os princípios e normas atinentes ao regime jurídico de direito público.

Nesse sentido, a inclusão do art. 58 (cláusula compromissória), em 2002, no Estatuto Social da Petrobras não vinculou automaticamente a União, uma vez que, à época, não havia lei nem manifestação de vontade da União no sentido de se sujeitar à referida cláusula; além de não restar satisfeito o requisito relacionado à autorização expressa da autoridade competente. Ademais, a iniciativa para promoção dessa alteração estatutária foi, única e exclusivamente, da Petrobras, sociedade de economia mista com personalidade jurídica própria e autônoma, distinta da União.

Também sob a perspectiva da arbitrabilidade objetiva a cláusula compromissória não vincula a União, uma vez que a pretensão de responsabilização civil não se enquadra dentro do conceito de conflito

societário e, conseqüentemente, não pode ser objeto de procedimento arbitral.

Nos casos em que foi chamada a participar de procedimento arbitral com fundamento no art. 58 do Estatuto da Petrobras, a União, por diversas vezes (e desde que cientificada inicialmente das demandas), manifestou-se no sentido de não estar vinculada à cláusula compromissória. A contrariedade foi externada não apenas diante do Presidente da Câmara de Arbitragem do Mercado e, posteriormente, diante do Tribunal Arbitral, mas, também, mediante o ajuizamento de ações judiciais (e interposição de recursos) perante diferentes órgãos e instâncias do Poder Judiciário.

A análise do caso demonstra que, ao se obrigar a União a participar de um procedimento arbitral, desrespeitou-se a mais importante característica do instituto: a voluntariedade, que deveria ser o ponto de partida para que as partes tentassem resolver determinado conflito por meio de um método alternativo à jurisdição estatal. A imposição feita ao ente público desrespeitou normas legais e, inclusive, a própria Constituição Federal, o que gerou a judicialização da questão.

As ilegalidades foram reconhecidas pelo STJ no bojo do CC 151.130/SP, em julgamento que reconheceu a patologia da cláusula compromissória, circunstância que permitiu a flexibilização do princípio da competência-competência (que não é absoluto, como evidenciado por todos os Ministros do STJ que participaram do julgamento e apresentaram voto por escrito) e o conhecimento da matéria, *prima facie*, pelo Poder Judiciário, que encampou a tese incessantemente defendida pela União.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 3ª Turma. Recurso Especial nº 904.813-PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 20/10/2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18381542&num_registro=200600381112&data=20120228&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Primeira Seção. Mandado de Segurança nº 11.308-DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 09/04/2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3891216&num_registro=200502127630&data=20080519&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Segunda Seção. Conflito de Competência nº 151.130-SP. Relator para acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão. Data do julgamento:

27/11/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1667167&num_registro=201700431738&data=20200211&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.602.076-SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 15/09/2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65269959&num_registro=201601340101&data=20160930&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo de Instrumento nº 52.181-Guanabara. Relator: Ministro Bilac Pinto. Data do Julgamento: 14/11/1973. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur157298/false>. Acesso em: 04 ago. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem Nacional e Internacional*. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwchow. *Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública*. São Paulo: Thomsom Reuters, 2019.

RODI, Rodrigo Mota. *Cabimento da Arbitragem na Administração Pública*: estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União. Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Rodrigo-Rodi-D.-Administrativo.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2021.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

