

Recebido em: 10/10/2022

Aprovado em: 10/10/2022

ARBITRABILIDADE SUBJETIVA: A EVOLUÇÃO E A CONSOLIDAÇÃO DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

*SUBJECTIVE ARBITRABILITY: THE EVOLUTION AND
CONSOLIDATION OF ARBITRATION INVOLVING THE
BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION*

Mariana Carvalho de Ávila Negri

*Doutoranda em Direito pela Universidad Carlos III de Madrid. Mestre em Direito,
Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB. Especialista em Relações
Internacionais pela Universidade de Brasília – UnB. Advogada da União no Núcleo
Especializado em Arbitragem da AGU*

Aristhêa Totti Silva Castelo Branco de Alencar

*Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior de Brasília -
IESB e em Advocacia Pública pelo Centro Universitário UNA. Advogada da União no
Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Arbitrabilidade subjetiva e Administração Pública: Regime jurídico de Direito Público e legalidade administrativa. 3. Os Tribunais Superiores e a necessidade de lei autorizativa. 3.1 A súmula 485 do STJ e sua correta interpretação. 4. A evolução jurisprudencial do Tribunal de Contas da União. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa a arbitragem envolvendo a Administração Pública sob o aspecto da arbitrabilidade subjetiva. Esclarece que a questão foi resolvida por força da Lei n. 13.129, de 2015, mas que, quanto ao período anterior à promulgação da norma, o tema é controverso. Assim, o estudo ganha importância no tocante à análise de convenções arbitrais celebradas por ente público antes de 2015. O trabalho ressalta que o regime jurídico administrativo, centrado em princípios como o da legalidade em sentido estrito, diferencia o Estado dos demais sujeitos de direito, o que exige uma avaliação cuidadosa a respeito do que a arbitragem que envolve a Administração Pública se identifica ou se diferencia daquela que abrange apenas particulares. Por fim, o ensaio aborda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito, bem como detalha a evolução do entendimento do Tribunal de Contas da União, concluindo que a autorização legal específica constitui pressuposto de arbitrabilidade para entes de direito público.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Arbitrabilidade Subjetiva. Princípio da Legalidade. Autorização Legal Específica.

ABSTRACT: The article analyzes arbitration involving the Public Administration from the point of view of subjective arbitrability. It clarifies that the issue was resolved under the Law n. 13,129, of 2015, but regarding the previous period, the topic is still controversial. Thus, the study reveals its importance in the analysis of arbitration agreements signed by public entities before 2015. The article points out that the legal regime of administrative law, centered on principles such as legality, differentiates the State from other subjects of law. This requires, therefore, a careful assessment of what the arbitration involving the Public Administration identifies with or differs from that which involves only private individuals. Using the jurisprudence of the Brazilian Federal Supreme Court, of the Brazilian Superior Court of Justice, as well as the evolution of the understanding of the Federal Court of Accounts, the essay concludes that the specific legal authorization represents an arbitrability requirement for the Public Administration.

KEYWORDS: Arbitration. Public Administration. Subjective arbitrability. Principle of Legality. Specific Legal Authorization.

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem, embora dotada de caráter jurisdicional, consiste em mecanismo privado de solução de conflitos, pelo qual as partes de uma disputa delegam a um terceiro imparcial o poder de solucionar o conflito surgido entre elas (ACCIOLY, 2019, p. 7). Tem, assim, origem contratual, ao mesmo tempo em que sua natureza é, reconhecidamente, jurisdicional. Nesse sentido, pode-se dizer que se trata de meio extrajudicial de solução de conflitos, que nasce do consenso das partes de submeterem seu litígio – seja ele futuro e incerto ou concreto e atual – a um terceiro imparcial com poder de decisão. Em algum momento, portanto, deve haver a manifestação de vontade das partes autorizando a arbitragem, mas, uma vez expressa tal vontade, os litigantes não podem interferir no modo de decisão do julgador privado (WALD, 2009, p. 26).

Ao lado da doutrina, o Superior Tribunal de Justiça - STJ já se manifestou, em algumas oportunidades, no sentido de que a arbitragem possui natureza jurisdicional, embora decorra da manifestação da vontade das partes. Tal posicionamento foi exposto, por exemplo¹, no Conflito de Competência n. 111.230/DF, em que foi reconhecida a competência daquele tribunal superior para dirimir conflito positivo de competência entre juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal. Em voto-vista, o Ministro Luis Felipe Salomão, que acompanhou o voto vencedor da Ministra Relatora, consignou que “a arbitragem, não obstante se tratar, em sua gênese, de forma convencional de solução de conflitos, ostenta natureza jurídica de ‘jurisdição’, o que se infere de diversos dispositivos da Lei 9.307/1996”. Ressaltou, ainda, que a Lei de Arbitragem já havia sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal - STF, enfatizando que, naquela ocasião, “foi consignado que, instituída a arbitragem, cessa a jurisdição estatal, impondo-se a competência dos árbitros, o que, decerto, não enseja interferência alguma no princípio constitucional da inafastabilidade do Estado-Juiz

1 Ressalta-se que se optou por mencionar o Conflito de Competência n. 111.230/DF considerando que naquela oportunidade ocorreu a alteração de entendimento da Corte, pela 2ª Seção, quanto à sua competência para decidir conflitos de competência entre juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal. Porém, antes do referido julgado, o STJ já havia se manifestado pela natureza jurisdicional da arbitragem, como se verifica no Conflito de Competência n. 113.260/SP, julgado em 8 de setembro de 2010. Consta do voto da Ministra Nancy Andrighi que “os argumentos da doutrina favoráveis à jurisdicionalidade do procedimento arbitral revestem-se de coerência e racionalidade”, razão pela qual “não há motivos para que se afaste o caráter jurisdicional dessa atividade”. No mesmo sentido, o então Ministro Sidnei Beneti, não obstante votando contrariamente à relatora, e de acordo com a divergência vencedora, consignou que “não se nega que a jurisdição arbitral seja também uma jurisdição, mas uma jurisdição que não é a jurisdição estatal, é a jurisdição convencional” (STJ, 2ª Seção, CC 113.260/SP, julgado em 8/09/2010).

assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Carta Maior² (STJ, 2ª Seção, CC nº 111.230 / DF, julgamento finalizado em 08/05/2013).

Além de promover a aplicação do Direito e buscar a pacificação social, o processo arbitral observa ao princípio da inércia, por meio do qual só pode ser iniciado mediante provocação da parte, e seu resultado se dá em substituição aos litigantes, o que reforça sua natureza jurisdicional. Ademais, os árbitros devem atuar com independência, imparcialidade e em observância ao devido processo legal, sendo que a sentença arbitral faz coisa julgada material, representa título executivo judicial e não está sujeita a homologação ou a recurso perante o Poder Judiciário (arts. 18 e 31 da Lei n. 9.307, de 1996 e art. 515, VII, da Lei n. 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil).

Tratando-se, assim, de um poder conferido, a partir da vontade das partes, a um terceiro privado, para substituir os litigantes e dizer o Direito no caso concreto, revela-se essencial uma avaliação cuidadosa a respeito das situações em que se permite à Administração Pública afastar a jurisdição estatal e optar por submeter seus conflitos ao juízo arbitral.

Não há como negar que o regime jurídico administrativo, centrado em princípios como o da legalidade em sentido estrito - entre tantos outros que incidem e limitam a atuação do ente público -, diferencia o Estado dos demais sujeitos de direito, o que, por sua vez, possui reflexos na arbitragem envolvendo Administração.

Nesse contexto, o que se busca com o presente ensaio é abordar alguns aspectos importantes que devem incidir no estudo relacionada à arbitrabilidade subjetiva no tocante às pessoas jurídicas de direito público que integram a Administração Pública.

Sabe-se que, atualmente, por força da Lei n. 13.129, de 2015 - que reformou a Lei n. 9.307, de 1996 (Lei de Arbitragem) -, a avaliação a respeito da arbitrabilidade subjetiva relacionada à Administração Pública não suscita mais dúvidas. Todavia, quanto ao período anterior à promulgação da norma, o tema é bastante controvertido e ganha especial importância quando se trata da análise de convenção de arbitragem celebrada por entes públicos antes de 2015.

Importa dizer que o presente ensaio limita seu objeto de estudo às pessoas jurídicas de direito público, uma vez que as diferenças existentes quanto ao regime jurídico que incide sobre as entidades de direito privado integrantes da Administração Pública indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista) demandam avaliação e estudo próprios.

2 O voto-vista proferido pelo Ministro Luís Felipe Salomão foi exarado em 22/08/2012.

2. ARBITRABILIDADE SUBJETIVA E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO E LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Conceito fundamental na arbitragem, a chamada “arbitrabilidade” corresponde à possibilidade jurídica de se submeter determinado conflito de interesses à composição arbitral. A um só tempo, apresenta-se como condição de validade da convenção de arbitragem e fixa os limites da competência dos árbitros (ACCIOLY, 2019, p. 49). De forma bastante sucinta, a arbitrabilidade subjetiva, ou *ratione personae*, está relacionada às partes que podem convencionar uma arbitragem; enquanto a arbitrabilidade objetiva, ou *ratione materiae*, refere-se à matéria que pode ser objeto da arbitragem.

De modo diverso do que ocorre nas arbitragens entre particulares – que, em linhas gerais, sob o aspecto subjetivo, apenas se exige das partes a demonstração de plena capacidade civil –, na seara da Administração Pública, o tema da arbitrabilidade subjetiva sempre suscitou debates. A controvérsia foi definitivamente resolvida pela Lei n. 13.129, de 2015, que inseriu o § 1º no art. 1º da Lei n. 9.307, de 1996, que passou a dispor que “[a] administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

O referido diploma legal estabeleceu uma autorização especial – direcionada à Administração Pública – e, ao mesmo tempo, geral, uma vez que não limitou a previsão a um setor determinado, mas permitiu o uso da arbitragem pelo Estado para dirimir quaisquer litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Antes da mencionada autorização geral, os entes públicos se valiam da arbitragem a partir de autorizações específicas constantes de diplomas legais setoriais, estes que permitiam que a Administração optasse pela via arbitral para a resolução de conflitos em determinadas esferas, sobretudo na área de infraestrutura.

Diante desse cenário, considerando, especialmente, seu impacto sobre a validade das convenções de arbitragem celebradas pelos entes públicos antes da Lei 13.129, de 2015, revela-se necessária uma análise pormenorizada do tema da arbitrabilidade subjetiva à luz do regime jurídico administrativo.

A questão ganha relevo na seara da Administração Pública justamente pelo regime próprio a que se submetem as pessoas jurídicas de direito público. Na linha do que destaca Barroso (2020), não obstante a trajetória percorrida pelo Estado e sua transformação ao longo dos séculos, este continua sendo “protagonista na história da humanidade” e “sua presença em uma relação jurídica exigirá, como regra geral, um regime jurídico específico, identificado como de direito público”. Assim, o autor assinala

que os agentes do Estado não podem agir em nome próprio ou em seu interesse pessoal, sendo certo que “as condutas praticadas no exercício das competências públicas estão sujeitas a regras e princípios específicos [...]” (BARROSO, 2020, p. 86).

Nesse contexto, o princípio da legalidade ocupa um papel central no regime jurídico administrativo, estando expresso pela clássica assertiva de que “a Administração só pode fazer o que a lei permite” (DI PIETRO, 2001, p. 37). Tal princípio contempla tanto a ideia de “supremacia da lei” (*Vorrang des Gesetzes*), quanto a de “reserva legal” (*Vorbehalt des Gesetzes*), fortemente ligadas entre si e que, em última análise, visam a conferir legitimidade democrática às ações do Estado (BRANCO; MENDES, 2018, p. 944). Busca-se impedir que o Estado aja de forma contrária à vontade da população – representada pelo legislador. A legalidade pode ser vista, pois, como expressão do Estado Democrático de Direito, característica maior do Estado brasileiro (art. 1º, *caput*, Constituição da República de 1988).

A propósito do princípio da legalidade administrativa, Gasparini (2006) esclarece, muito precisamente, quais são os seus contornos, de modo a integrar o regime jurídico de direito público, destacando que o princípio “significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor”. Complementa o autor que “qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se a anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular” (GASPARINI, 2006, p. 7-8).

Atualmente, é possível observar que o princípio da legalidade tem assumido novos contornos, passando a ser considerado de forma mais ampla, referido como princípio da constitucionalidade ou, mais propriamente, princípio da juridicidade (BARROSO, 2020, p. 75). Em poucas palavras – sem a pretensão de aprofundar o tema, uma vez que não é este o foco do presente artigo –, o princípio da juridicidade promove um tratamento mais abrangente à legalidade necessária ao ato administrativo praticado de formal geral.

Sobre a evolução do princípio, destaca Binenbojm (2008) que “a vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico)” (BINENBOJM, 2008, p. 142). O autor explica que:

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa

que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*); (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação de legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição) (BINENBOJM, 2008, p. 143).

Conclui, assim, que a juridicidade administrativa exprime a ideia de que a atuação da Administração Pública está vinculada ao ordenamento jurídico como um todo, conforme o sistema de princípios e regras delineado na Constituição. Nesse sentido, segundo esclarece, a juridicidade administrativa poderá: (i) ser decorrência direta “da normativa constitucional; (ii) assumir a feição de uma vinculação estrita à lei; ou (iii) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos estabelecidos constitucionalmente” (BINENBOJM, 2008, p. 144).

Não se trata, portanto, de exigir que toda e qualquer ação da Administração tenha que estar prevista em lei em sentido formal. Mas, pelo princípio da legalidade – ou da juridicidade – administrativa, impõe-se o cumprimento de uma relação de conformidade e de compatibilidade do ato administrativo com o ordenamento jurídico e, em sendo a lei constitucional, cabe à Administração agir segundo ela determina.

A exigência de ato normativo com força de lei como baliza para a atuação da Administração, por sua vez, vai depender dos parâmetros exigidos pela Constituição. Em regra, para tratar de matérias que envolvam restrições aos particulares ou inovem no ordenamento jurídico, ademais da necessária compatibilidade com o ordenamento como um todo, os agentes públicos dependem de previsão expressa em lei. Já para outros tipos de condutas, como, por exemplo, a expedição de normas de organização interna da Administração Pública ou a prática de atos materiais, revela-se suficiente a compatibilidade com o ordenamento, permitindo-se uma disciplina regulamentar.

Desse modo, o Poder Público não pode atuar sem que exista uma norma que o autorize a fazê-lo. Diversamente do que acontece no campo do direito privado, para a Administração Pública uma ação somente é válida quando fundada na Constituição, em leis ou em atos normativos expedidos pelos próprios entes estatais – estes que, fora das hipóteses previstas no art. 84, VI, Constituição da República de 1988, destinam-se, em regra, a permitir a fiel execução de lei já existente.

Na ordem jurídica brasileira, os decretos e regulamentos expedidos pela Administração não possuem valor normativo primário, de modo que não podem inovar no ordenamento jurídico, possuindo função meramente regulamentar da lei. Nesse sentido, como bem colocam Branco e Mendes (2018), “[e]m todas essas situações [expedição de decretos pela Administração], a atuação do Poder Executivo não tem força criadora autônoma, nem parece dotada de condições para inovar decisivamente na ordem jurídica, uma vez que se cuida de atividades que, em geral, estão amplamente reguladas na ordem jurídica” (BRANCO; MENDES, 2018, p. 949).

A ação administrativa somente é válida, portanto, se estiver de acordo com as fontes reconhecidas pelo Direito, sendo que “a legalidade [e constitucionalidade] das fontes e o uso da fonte correta são pressupostos formais da legalidade da ação administrativa” (MARRARA, 2014, p. 23).

Os atos normativos expedidos pela Administração Pública, mediante os quais são estabelecidos parâmetros de atuação para os agentes estatais, somente serão exercidos de modo legítimo se atenderem às normas preestabelecidas em fontes superiores expedidas pelo Legislativo, quer em processo constituinte, quer em processo legislativo padrão. Como enfatizado por Carvalho Filho (2012), que celebra o princípio da legalidade como o resultado de séculos de evolução política, trata-se “da diretriz básica da conduta dos agentes da Administração” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 16).

Nesse contexto, o espaço de liberdade da atuação administrativa é circunscrito às normas que integram o ordenamento jurídico, na forma de discricionariedade, que, por sua vez, “implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei” (DI PIETRO, 2001, p. 66-67). Assim, conforme assinala Salles (2011), diferentemente do que ocorre com o particular, “esse espaço de liberdade não se estende àquela zona de possibilidades decorrente da falta de regulamentação pelo ordenamento”, concluindo que é “necessário para a Administração a existência de um comando legal específico, consistente em um permissivo para a prática de determinada modalidade de ato ou atividade” (SALLES, 2011, p. 237).

Adentrando ao tema da arbitragem envolvendo a Administração, Salles (2011) afasta a ideia de que bastaria uma autorização genérica para firmar negócios jurídicos, destacando que a submissão de litígios ao juízo arbitral excede ao âmbito da discricionariedade administrativa. O autor diferencia a possibilidade de convencionar a arbitragem de uma “mera decorrência da capacidade de contratar” e destaca 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” (SALLES, 2011, p. 237-238).

Na mesma linha, tratando da arbitragem no âmbito das sociedades anônimas, Silva (2015) esclarece que “a arbitragem constitui uma forma legal de renúncia ao direito fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário, constante no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal” (SILVA, 2015, p. 428).

Aliás, também o Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse mesmo sentido, de que a arbitragem consiste em “renúncia ao exercício do direito de ação [judicial] - que é o reflexo subjetivo da garantia da prestação jurisdicional insculpida hoje no art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental” (p. 1.002)³. No famoso julgamento do Agravo Regimental em sede da Sentença Estrangeira Contestada n. 5206-7, em que o STF declarou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, houve interessante debate entre os então Ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim, em que ambos concordaram que o instituto tratar-se-ia de renúncia à jurisdição estatal (“à ação judicial”), muito embora tenham discordado quanto ao fato de se tratar de uma renúncia em abstrato ou em concreto. O Ministro Nelson Jobim, em voto vencedor, defendeu, nesse ponto, que “[c]ircunscreve-se a renúncia aos litígios que decorrem do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula”. Assim concluiu que “não há que se ler na regra constitucional [...] a proibição das [sic] partes renunciarem à ação judicial quanto a litígios determináveis, decorrentes de contrato específico” (STF, SE 5206 AgR/EP – Espanha, julgamento em 12/12/2001, p. 1064).

Ademais de representar renúncia à jurisdição estatal, acrescenta Salles (2011) que, tendo em vista sua importância e o fato de “não ser isenta de despesas para a administração”, a autorização para a arbitragem envolvendo a Administração Pública não pode ser objeto de autorização por simples ato no âmbito do poder regulamentar do Executivo de “organização e funcionamento da administração”, previsto no artigo 84, VI, “a”, da Constituição da República de 1988 (SALLES, 2011, p. 237).

Sobre isso, o autor esclarece que a legalidade administrativa não pode ser entendida como simples exigência de regulamentação geral, consignando que “nem tudo que está disciplinado em lei e que pode ser utilizado pelo particular aplica-se, também, ao Poder Público”. O princípio

3 Trecho do voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence: (...) A constitucionalidade do juízo arbitral – perde-se a insistência – deriva da renunciabilidade, no caso, do exercício do direito de ação – que é o reflexo subjetivo da garantia da prestação jurisdicional, insculpida hoje no art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental – relativamente a uma pretensão material disponível. Mas, a renunciabilidade da ação – porque direito de caráter instrumental – não existe in abstracto: só se pode aferi-la em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensiva, em cada caso, da disponibilidade do direito questionado, ou melhor, das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral (p.1002).

da legalidade administrativa aponta, assim, para a obrigatoriedade de a ação administrativa – em hipóteses como a de convencionar a arbitragem e afastar a jurisdição estatal para resolver seus litígios – estar fundada em comandos normativos específicos que lhe emprestem fundamento. E, na linha defendida por Salles (2011), não se trata de apego exagerado a uma concepção meramente formal do princípio da legalidade, mas da necessidade de se estabelecer a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração, de forma, inclusive, a evitar desvios:

Destaque-se que a autorização legislativa, para fins de utilização da arbitragem em conflitos administrativos, não se coloca como necessidade meramente formal, ou apego demasiado a uma concepção estrita da legalidade administrativa. Na verdade, ela remete à necessidade de um marco legal, apto a servir de base à atuação administrativa, de forma a evitar desvios e, ao mesmo tempo, garantir uma inteira adequação da arbitragem aos objetivos e necessidades da Administração Pública (SALLES, 2011, p. 241).

Desse modo, o princípio da legalidade administrativa aliado ao necessário uso da fonte correta permitem concluir que a existência de um permissivo legal específico para que pessoas jurídicas de direito público submetam seus conflitos à arbitragem constitui pressuposto de arbitrabilidade.

No mesmo sentido, Barroso (2003) afirmou que “ter-se-á que, como decorrência direta do princípio da legalidade, a Administração apenas poderá clausular arbitragem em seus ajustes se houver autorização legal”. O autor e atual Ministro do STF manifestou-se no sentido de que a questão central e polêmica na matéria sempre foi a da “existência de lei autorizando a Administração a submeter-se à arbitragem”, não se tendo chegado a sustentar que “a solução arbitral é constitucionalmente incompatível com as disputas que envolvam a Administração Pública” (BARROSO, 2003, p. 427).

Por sua vez, conforme narrado por Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019), em seminário realizado pelo Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), em dezembro de 2015, Luís Roberto Barroso, referindo-se à Reforma da Lei de Arbitragem, “manifestou-se no sentido de que ‘a lei formalizou a possibilidade de arbitragem para toda a Administração Pública e é autoaplicável, não dependendo de regulamentação’” (FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019, p. 558).

Vale recordar que o antigo Tribunal Federal de Recursos chegou a adotar esse entendimento no Caso SUDECO - CONVAP, decidindo que

“sem autorização legislativa, não pode a autarquia celebrar compromisso para resolução de pendências por meio de juízo arbitral” (Apelação Cível n. 137.279-DF, j. 26.06.89). Em seu voto, o Ministro Relator Bueno de Souza destacou:

E acresce que a disponibilidade de bens da autarquia não significa, de modo algum, que a respectiva alienação possa efetuar-se livremente, ‘ad libitum’ de cada um desses entes públicos, como se, sob este aspecto, pudesse igualar-se às pessoas de direito privado, que exercem o comércio jurídico segundo princípio básico da autonomia da vontade de seus órgãos.

5. Em verdade, a consulta à Lei no 5.365, de 10 de dezembro de 1967, que criou a SUDECO, mostra que esta não foi autorizada a estipular cláusula de compromisso, para invocação do juízo arbitral, convindo, a propósito, frisar que não se oferece razoável o emprego dessa forma de resolução de controvérsias por parte dos entes públicos, certo como é que semelhante ajuste envolve renúncia à prestação jurisdicional do estado (no caso, a bem dizer, pelo próprio estado) [...] (TFR, Apelação Cível n. 137.279-DF, j. 26/06/89).

Nesse sentido, em que pese a existência de posicionamentos contrários⁴, entende-se que, pelas características do regime jurídico administrativo e pelo papel fundamental que o princípio da legalidade administrativa possui na atuação da Administração Pública – fruto de séculos de evolução política e institucional –, a existência de um permissivo legal para o emprego da arbitragem pelo Poder Público impõe-se como pressuposto de arbitrabilidade, este que veio a ser suprido, de forma geral, pela Lei n. 13.129, de 2015.

3. OS TRIBUNAIS SUPERIORES E A NECESSIDADE DE LEI AUTORIZATIVA

No tocante à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não há como não mencionar o famoso “Caso Lage” (AI n. 52.181/GB - Guanabara, rel. Ministro Bilac Pinto), precedente pioneiro na matéria, em que um ato normativo específico (Decreto-Lei n. 9.521, de 1946) constituiu, expressamente, o juízo arbitral “para o fim especial de julgar, em única

4 Tal análise, como mencionado anteriormente, é objeto de muito debate. Entre quem entende que não era necessária previsão específica para os entes públicos, bastando a autorização para as pessoas capazes de contratar, citamos, a título de exemplo, Paulo Osternack Amaral (Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012) e Fichtner, Mannheimer e Monteiro (Teoria Geral da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019).

instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio de Henrique Lage, sua herdeira e legatários”⁵.

Julgado em 1973 – antes, portanto, da Constituição da República de 1988 e da Lei n. 9.307, de 1996 –, o Caso Lage segue sendo considerado um relevante precedente jurisprudencial a respeito da utilização da arbitragem pelo Poder Público, seja porque foi apreciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, seja porque envolveu a União, pessoa jurídica de direito público integrante da Administração direta.

A alegada inconstitucionalidade do juízo arbitral como mecanismo de solução de controvérsias envolvendo a União foi afastada pelo Plenário do STF, que reconheceu que o Decreto-Lei n. 9.521, de 1946, não era incompatível com a Constituição de 1937, vigente à época da expedição do Decreto, nem com a Constituição de 1967, vigente à época do julgado. O STF, por unanimidade de votos, decidiu que “na Carta de 1937, então vigente ao tempo da expedição do increpado Dl. 9.521, não existia qualquer disposição que vedasse, de modo expresso, ou mesmo implícito, a instituição de um juiz arbitral nos moldes estabelecidos pelo referido diploma” (STF, AI n. 52.181/GB, rel. Ministro Bilac Pinto, j. 24/11/1973).

O precedente trata de hipótese em que o juízo arbitral foi estabelecido por ato normativo com força de lei, porquanto a Constituição de 1937, vigente ao tempo da expedição do Decreto-Lei n. 9.521, de 1946, estabelecia, em seu art. 180, que “[e]nquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”. Nesse sentido, note-se que o voto condutor do Ministro Bilac Pinto menciona a existência de autorização legislativa naquele caso concreto:

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,*

5 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: [...]

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. (STF, AI n. 52.181/GB, j. 14/11/1973, p. 28-29) (grifo nosso)

Assim, diante da autorização legal específica, a Administração submeteu aquele conflito ao juízo arbitral, o que foi reconhecido como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Não obstante o Caso Lage seja utilizado, muitas vezes, como um precedente no sentido de que pessoas jurídicas de direito público sempre puderam fazer uso da arbitragem independentemente de lei⁶, a partir de uma análise mais cuidadosa, conclui-se que, naquela situação, o requisito do permissivo legal específico para o ente público fora plenamente atendido.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, importa assinalar a decisão proferida em 27 de novembro de 2019, nos autos do Conflito de Competência n. 151.130/SP, em que, referindo-se a entidade da Administração direta, foi considerado que a ausência de lei autorizativa específica teria afetado a observância à arbitrabilidade subjetiva para que se pudesse, então, considerar legítimo o uso da arbitragem pelo Estado, conforme se depreende da ementa do julgado:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARBITRAGEM OU JURISDIÇÃO ESTATAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ART. 58 DO ESTATUTO SOCIAL DA PETROBRAS. SUBMISSÃO DA UNIÃO A PROCEDIMENTO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. DISCUSSÃO ACERCA DA PRÓPRIA CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA DA CLÁUSULA AO ENTE

6 Entre os que defendem a desnecessidade de autorização legal específica para a Administração fazer uso da arbitragem, destaca-se, ainda, o interessante posicionamento exarado por Bruno Megna (2019), em seu excelente livro "Arbitragem e Administração Pública – fundamentos teóricos e soluções práticas". Para o autor, o que se exige nesses casos "é a necessária previsão legal específica para que certo agente público possa fazer as vezes da Administração na pactuação da convenção arbitral" (MEGNA, 2019, p. 116). Megna defende que o Caso Lage "comprova a tese da desnecessidade de previsão legal, cuja única exceção é a previsão de regras de competência" (p. 117). Para MEGNA (2019) "nenhuma dessas previsões era necessária, pois a legislação então vigente já previa o juízo arbitral e não excepcionava nenhum desses elementos – Código Civil de 1906 (art. 1.037, que previa a arbitrabilidade subjetiva de pessoas capazes de contratar) e o Código de Processo Civil de 1973 (art. 1.031). O decreto-lei (que tinha valor de lei em sentido estrito) era indispensável, portanto, não em razão dos elementos anteriormente citados, mas sim da inexistência de norma prevendo competência para que algum agente público firmasse o compromisso". Como mencionado, considerando, ademais de todo o exposto no presente artigo, os próprios fundamentos da decisão do Relator no AI n. 52.181/GB, entendemos que o Caso Lage não comprova a desnecessidade de autorização legal específica, mas, ao revés, a reforça. Em linhas gerais, quanto ao exposto por Megna sobre a necessidade de previsão legal quanto à competência do agente público para firmar convenção arbitral, entendemos que uma coisa não exclui a outra, mas deixamos essa análise para uma outra oportunidade.

PÚBLICO. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA JURISDIÇÃO ESTATAL. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL OU ESTATUTÁRIA. PLEITO INDENIZATÓRIO COM FUNDAMENTO NA DESVALORIZAÇÃO DAS AÇÕES POR IMPACTOS NEGATIVOS DA OPERAÇÃO “LAVA JATO”. PRETENSÃO QUE TRANSCENDE AO OBJETO SOCIETÁRIO.

1. No atual estágio legislativo, não restam dúvidas acerca da possibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta, bem como da arbitrabilidade nas relações societárias, a teor das alterações promovidas pelas Leis no 13.129/2015 e 10.303/2001.

2. A referida exegese, contudo, não autoriza a utilização e a extensão do procedimento arbitral à União na condição de acionista controladora da Petrobrás, seja em razão da ausência de lei autorizativa ou estatutária (arbitrabilidade subjetiva), seja em razão do conteúdo do pleito indenizatório que subjaz o presente conflito de competência na hipótese, o qual transcende o objeto indicado na cláusula compromissória em análise (arbitrabilidade objetiva).

[...]

5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal suscitado. (STJ, 2ª Seção, CC 151.130, j. 27.11.2019)

No caso mencionado, o voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze, que acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, deixa claro seu posicionamento quanto à possibilidade de a Administração fazer uso da arbitragem a partir da autorização específica conferida pela Lei n. 13.129, de 2015:

No ponto, assinala-se que, ainda que a Administração Pública direta e indireta possa utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, conforme passou a dispor o § 2º do art. 1º da Lei n. 9.307/1996, com redação dada pela Lei n. 13.129/2015 — questão que sempre perpassa pela distinção do interesse público primário (interesse da coletividade, como tal, indisponível) com o interesse público secundário (interesse da Administração), imbricados, muitas vezes, entre si — sua submissão ao procedimento arbitral exige claro e específico consentimento de sua parte.

Vale dizer que o referido entendimento foi ainda reforçado nos autos dos Conflitos de Competência n. 177436/DF e n. 177437/DF, em que, em decisão monocrática, a Ministra Nancy Andrighi expressou o seguinte:

Na espécie, observa-se que, também, se adequam ambas as premissas que lastrearam o referido aresto (subjéctiva e objectiva). De fato, sob o aspecto da arbitrabilidade subjéctiva, não há, no conteúdo normativo de referência, autorização para utilização (e extensão) do procedimento arbitral pela União na condição de acionista controladora da Petrobrás.

Merece registro, no particular, que, nos termos da cláusula compromissória prevista no art. 58 do Estatuto da Petrobrás, a adoção da arbitragem está restrita “às disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei n. 6.404, de 1976, neste Estatuto Social” (STJ, 2ª Seção, CC n. 177436, j. 18/10/2021).

Percebe-se, assim, que o posicionamento dos tribunais superiores brasileiros reforça o entendimento de que as especificidades da arbitragem envolvendo entes públicos – subordinados ao regime jurídico de direito público –, fazem com que estes dependam de autorização legal específica para renunciar ao juízo estatal e submeter seus litígios à arbitragem.

3.1. A Súmula 485 do STJ e sua Correta Interpretação

Ainda no âmbito dos Tribunais Superiores, entende-se que a súmula 485 do STJ merece menção. Isso porque, o referido enunciado estabelece que “a Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição”, o que, algumas vezes, é entendido de forma equivocada.

Muito embora o contexto da elaboração da súmula tenha se dado a partir da análise de relações entre privados, é perfeitamente possível transportar o entendimento para a seara da Administração Pública, desde que realizado da forma correta e de acordo com a finalidade do entendimento expressado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como dito anteriormente, no atual estágio legislativo, a Administração não apenas está autorizada a submeter seus litígios relacionados a direitos patrimoniais e disponíveis à arbitragem, como é reconhecido que o mecanismo é regulado pela Lei n. 9.307, de 1996. O fato é que o entendimento constante da súmula parte da premissa da existência

de uma convenção válida, não tendo o condão de conferir legitimidade a cláusulas compromissórias que tenham sido celebradas em desacordo com o ordenamento jurídico, sem atender, pois, as condições que este exige para a celebração válida da convenção.

Assim, uma vez verificado que a cláusula compromissória celebrada pela Administração tenha ocorrido validamente, é perfeitamente possível que se aplique o entendimento pacificado pelo STJ e expresso no referido enunciado.

Tal entendimento fica ainda mais claro a partir da leitura do voto da Ministra Nancy Andrighi no REsp. 712.566/RJ, um dos julgados que serviu como base para a edição da súmula mencionada. No julgamento, é destacado que uma das maiores inovações da Lei de Arbitragem foi imprimir força cogente à convenção arbitral, sendo que, principalmente quanto à disciplina dos efeitos da convenção, a Lei de Arbitragem tem cunho processual, aplicando-se de forma imediata e abarcando, assim, as cláusulas celebradas anteriormente à sua vigência:

Não obstante seja razoável considerar que algumas regras relativas à arbitragem tem natureza substantiva, é preciso reconhecer que são eminentemente processuais as normas que regem os efeitos da cláusula compromissória.

[...]

Dessa forma, considerando a indiscutível eficácia imediata das normas processuais, para definir a possibilidade de aplicação das inovações inseridas no CPC pela Lei 9.307/96, é preciso verificar, em cada processo, quando foi invocada a convenção de arbitragem.

Na hipótese sob julgamento, a ação foi proposta em 2001, em consequência, quando a recorrida argüiu, em preliminar de contestação, a existência de cláusula arbitral, o regramento processual que estava em vigor determinava a extinção do processo sem julgamento do mérito em razão da existência de convenção de arbitragem (art. 267, VII do CPC). Assim, torna-se imperioso afastar a solução judicial do conflito existente entre as partes para que prevaleça a arbitragem convencionada.

Ainda, para corroborar, relevante transcrever os comentários do professor Carlos Alberto Carmona, em sua obra *Arbitragem e Processo*: “Considerando que a Lei de Arbitragem tem cunho processual

(especialmente quando disciplina os efeitos dos negócios jurídicos processuais, como no caso do compromisso e da cláusula), a nova Lei atinge em cheio convenções arbitrais celebradas anteriormente à sua vigência. Significa dizer que uma cláusula arbitral inserida em contrato firmado há alguns anos desde logo arrastará seus signatários à arbitragem, mesmo que à época da assinatura do contrato a cláusula não produzisse tais efeitos". (STJ, Terceira Turma, REsp 712566/RJ, j. 18.08.2005)

Percebe-se, dessa forma, que o enunciado da súmula não se contrapõe à necessária autorização legal específica para a Administração Pública celebrar convenção arbitral, mas integra e complementa uma aplicação coerente e adequada do instituto na seara pública.

4. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

No âmbito do Tribunal de Contas da União - TCU, sempre prevaleceu o entendimento quanto à necessidade de autorização específica na lei para a celebração de convenção de arbitragem por entes de direito público.

Antes, contudo, de se adentrar à jurisprudência do TCU, é importante destacar que não se está a afirmar que apenas com a Lei n. 13.129, de 2015, a Administração passou a estar autorizada a utilizar a arbitragem. Como já mencionado, antes da reforma da Lei de Arbitragem, vários diplomas legais dispuseram a respeito, autorizando a União a convencionar a arbitragem em determinados setores. Dentre tais diplomas, estão, por exemplo: (i) Lei n. 8.987, de 1995; art. 23-A⁷, inserido pela Lei n. 11.196, de 2005; (ii) Lei n. 9.472, de 1997: art. 93, X; (iii) Lei n. 9.478, de 1997: art. 43, X; (iv) Lei n. 10.233, de 2001: art. 35, inciso XVI; (v) Lei n. 10.438, de 2002: art. 4º, § 5º, V; (vi) Lei n. 10.848, de 2004: art. 4º, §§ 5º e 6º; (vii) Lei n. 11.079, de 2004: art. 11, III; (viii) Lei n. 12.351, de 2010: art. 29, XVIII; (ix) Lei n. 12.462, de 2011 (alterada pela Lei n. 13.190, de 2015): art. 44-A; (x) Lei n. 12.815, de 2013: art. 62, § 1º.

A jurisprudência do TCU acompanhou a alteração do contexto normativo acerca do instituto, o que, naturalmente, redundou na evolução do posicionamento da Corte de Contas no que tange à utilização da arbitragem pelas entidades de direito público.

7 Antes da alteração da Lei n. 8.987, de 1995, que incluiu o art. 23-A, o TCU adotava interpretação favorável ao inciso XV do art. 23, entendendo que a locução "modo amigável de solução de divergências" abrangia também o instituto da arbitragem (Proc. TC 006.0986/93-2).

Em diversas decisões, o Tribunal consignou seu entendimento de que a Administração é regida pelo princípio da legalidade e a arbitragem é cláusula de exceção à regra de submissão dos conflitos ao Poder Judiciário, somente podendo ser aplicada com expressa autorização legal.

A primeira importante manifestação sobre o tema foi a Decisão n. 286/1993, pela qual o TCU, em resposta a consulta formulada pelo Ministério de Minas e Energia, afastou a possibilidade de adoção de juízo arbitral para dirimir conflitos advindos de contratos administrativo. Alguns trechos da decisão evidenciam, de forma mais clara, o posicionamento da Corte de Contas:

De outro lado, admitir-se a utilização de juízo arbitral em contratos administrativos seria, para nós, afrontar uma série de princípios de direito público, dentre os quais se avultam (alguns deles, em verdade, consecutórios de outros citados): a) o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; b) o da indisponibilidade do interesse público pela Administração; c) o da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; d) o do controle administrativo ou tutela; e) o da vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem.

[...]

11. Da mesma forma que na transação, o Administrador, não podendo dispor, ao seu talante, dos direitos cuja titularidade pertencem às pessoas jurídicas de direito público ou privado, fica igualmente impossibilitado, *sem a indispensável autorização legal*, de requerer a instauração de juízo arbitral, em que teríamos algo equivalente a uma temerária transferência de direitos, immanentemente indisponíveis, ao árbitro escolhido.

Voto: Como bem salientam os pareceres, a *revisão, mediante juízo arbitral, dos contratos firmados pela Administração direta ou indireta não tem guarida em disposição de lei* e, por serem essencialmente contratos administrativos, estão sob a égide do direito público, que não contempla a possibilidade da utilização daquele instituto, conforme pretende o consulente. (grifo nosso)

O referido entendimento foi reforçado por outras decisões proferidas pelo Tribunal de Contas ao longo dos anos, como, por exemplo: (i) Acórdão n. 1.271/2005 - Plenário, em que o relator consignou que o entendimento

predominante do Tribunal “fundamenta sua crítica à previsão de arbitragem nos contratos administrativos na inexistência de expressa autorização legal para tanto, sem a qual não pode o administrador público, por simples juízo de oportunidade e conveniência, adotar tão relevante inovação”; (ii) Acórdão 537/2006 - Segunda Câmara, em que ficou registrado que “não existindo autorização legal para que a CBEE pudesse ter estabelecido a via arbitral para solução das controvérsias contratuais, tal previsão não obedeceu a um dos princípios fundamentais que regem a administração pública, que é o da legalidade”; e (iii) Acórdão n. 1.099/2006 - Plenário, que dispôs ser “ilegal, com afronta a princípios de direito público, a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos”.

Observa-se que, no bojo dos mencionados Acórdãos n. 537/2006 - Segunda Câmara e n. 1.099/2006, este último proferido pelo Plenário, o TCU foi enfático ao estabelecer que “a Lei n 9.307/1996, que dispõe de modo geral sobre a arbitragem, não supre a necessária autorização legal específica para que possa ser adotado o juízo arbitral nos contratos celebrados”.

A partir de uma análise cuidadosa das decisões da Corte de Contas, percebe-se, portanto, que esta manteve o mesmo raciocínio quanto à necessidade de autorização legal específica para o ente submetido ao regime jurídico de direito público. Nesse sentido, podem ser citados ainda: (i) o Acórdão 1.330/2007 - Plenário, que reconheceu a possibilidade de arbitragem nos casos de Parcerias Público Privadas em consideração ao permissivo legal disposto no inciso III do art. 11 da Lei n. 11.079, de 2004; e ii) o Acórdão n. 2.145/2013 - Plenário, já mencionado, que entendeu pela possibilidade de se incluir nos contratos celebrados pela Petrobras cláusulas compromissórias de resolução de conflitos para eventuais litígios, quando se trata de sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica [pessoa jurídica de direito privado], mesmo sem autorização legal específica, desde que a escolha seja justificada técnica e economicamente.

A respeito do último Acórdão mencionado - n. 2.145/2013 -, a própria decisão evidencia a exceção ao entendimento do TCU tão somente quanto a pessoas jurídicas de direito privados integrantes da Administração indireta e reforça o posicionamento da Corte de Contas a respeito da invalidade das cláusulas compromissórias constantes em contratos celebrados por entes públicos sem autorização legal específica. O teor do julgado, como se vê abaixo, corrobora o entendimento proferido no Acórdão 1.099/2016 de que a Lei n. 9.307, de 1996, que dispõe de modo geral sobre a arbitragem, não supre a necessária autorização legal específica para que ela seja inserida nos contratos celebrados por entes públicos:

28. Entretanto, de acordo com o princípio da legalidade a que está sujeita a administração pública, não vislumbro motivos para ser afastado os argumentos expendidos no bojo do TC 008.217/1993-9, quando o TCU, em sede de consulta formulada pelo então Ministro das Minas e Energia, manifestou-se no sentido que deve haver previsão legal para a aplicação do instituto da arbitragem em contratos administrativos (Decisão 286/1993-Plenário). Isso porque, consoante o seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 1099/2006-Plenário, “a Lei n.o 9.307/1996, que dispõe de modo geral sobre a arbitragem, não supre a necessária autorização legal específica para que possa ser adotado o juízo arbitral nos contratos celebrados”.

29. Esse parece ser também o entendimento do legislador que especificamente, de acordo com a natureza das avenças, permitiu, somente em determinadas [sic] hipóteses, a instituição de cláusula arbitral em contratos administrativos. Assim, ocorre nos contratos de concessão de serviços públicos (art. 23-A da Lei 8.987/1995), de parceria público privada (art.11, inciso III da Lei 11.079/2004) e de transações, por parte de empresa estatal, de compra e venda de energia elétrica nos sistemas interligados (§ 4 do art. 20 da Lei 10.433/2002).

30. Ou seja, como regra geral, o compromisso arbitral não é cabível nos contratos administrativos, sendo as exceções objeto de específica disposição legal.

31. Há de se ver, contudo, a peculiar situação das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, as quais, consoante o disposto no inciso II do art. 173 da Constituição Federal, estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Foi sob esse novo panorama legislativo que o Plenário proferiu o Acórdão 1.171/2018, em que chegou a mencionar a “morosidade na efetiva instalação do procedimento arbitral”, considerando que, diante da autorização para a arbitragem prevista pela Lei n. 12.815, de 2013, o compromisso arbitral, celebrado em 2016, era válido, mas, decorridos meses desde sua celebração, a Companhia demonstrou lentidão para instaurar efetivamente o processo arbitral.

A preocupação do TCU com a observância do princípio da legalidade enquanto diretriz de atuação da Administração reconhece, pois, as especificidades do regime jurídico de direito público, o que justifica a

exigência de autorização legal específica para que o Estado submeta litígios que o envolvem ao juízo arbitral, afastando a jurisdição estatal. Todavia, uma vez preenchido o requisito relacionado à arbitrabilidade subjetiva, é possível perceber das decisões ora narradas uma postura de incentivo à arbitragem – e sua rápida instauração – para a solução de determinadas controvérsias, quando existente convenção de arbitragem válida e eficaz.

Assim, analisando as decisões do Tribunal de Contas da União, é possível verificar que a Corte passou a reconhecer a legitimidade da opção pela arbitragem para resolver litígios envolvendo pessoas jurídicas de direito público conforme, paulatinamente, ocorria a promulgação dos permissivos legais no ordenamento jurídico.

5. CONCLUSÃO

Em 2015, a Lei 13.129 modificou a Lei n. 9.307, de 1996, reconhecendo a possibilidade de a Administração Pública, como um todo, adotar a arbitragem para a resolução de litígios patrimoniais e disponíveis.

É visível que, ao longo dos últimos anos, a Administração vem se dedicando a aprimorar sua utilização do instituto, promulgando normativos a respeito, aperfeiçoando sua atuação nas arbitragens e melhorando a redação das cláusulas compromissórias inseridas nos contratos administrativos. Percebe-se, pois, que, atualmente, a postura da Administração Pública sinaliza no sentido de estimular a opção pelo juízo arbitral em situações em que a arbitragem se apresente o meio mais adequado para a solução de um litígio.

Ainda assim, o regime jurídico de direito administrativo exige um olhar atento à operacionalização da arbitragem envolvendo o Estado, bem como uma necessária cautela quanto à importação, por vezes irrefletida, de toda a lógica e a dinâmica que ditam o curso das arbitragens entre particulares.

O que se pretendeu com o presente artigo foi abordar algumas diferenças a respeito da análise relacionada à arbitrabilidade subjetiva quando se trata de arbitragem envolvendo pessoas jurídicas de direito público, demonstrando que as especificidades próprias do Estado, resultado de séculos de evolução política e institucional, impactam diretamente no estudo desse tipo de arbitragem.

Nesse contexto, a autorização legal específica revela-se um requisito essencial para a validade da convenção arbitral celebrada pelo ente público, raciocínio que é robustecido pelo entendimento expressado no âmbito dos Tribunais Superiores brasileiros, assim como pelo posicionamento do Tribunal de Contas da União sobre o tema.

6. REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Pedro. *Arbitragem em conflitos com a Administração Pública*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2019.

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

BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato sem prévia autorização legal. Invalidez. *In Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, n. 19 p. 415-439, jan./mar. 2003

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto. v. 1, n. 1, p. 23-51. 2014.

MEGNA, Bruno. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Forum, 2019.

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

SILVA, Rodrigo Tellechea. *Sociedades anônimas fechadas: direitos individuais dos acionistas e cláusula compromissória estatutária superveniente*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

WALD, Arnaldo. O espírito da arbitragem. In *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*: RIASP, v. 12, n. 23, p. 22-35, jan./jun. 2009.

