



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Limites à Utilização da Arbitragem na Administração Pública e Análise Envolvendo a
Petrobrás

Ana Maria Ferraz Alves

Rio de Janeiro
2014

ANA MARIA FERRAZ ALVES

Limites à Utilização da Arbitragem na Administração Pública e Análise Envolvendo a
Petrobrás

Artigo Científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Artur Gomes
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

LIMITES À UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ANÁLISE ENVOLVENDO A PETROBRÁS

Ana Maria Ferraz Alves

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: O instituto da arbitragem é antigo, mas apenas no final do século passado foi regulamentada pela Lei 9.307/1996, que restringiu sua aplicabilidade aos direitos disponíveis, gerando controvérsia quanto a sua utilização nos contratos celebrados pela Administração Pública. Em virtude disso, outras leis previram expressamente a possibilidade da arbitragem, além de estar tramitando no Congresso Nacional um projeto de lei para ampliar as possibilidades de utilização deste mecanismo de solução de controvérsias.

Palavras-chave: Direito de Administrativo. Arbitrabilidade. Sociedade de Economia Mista. Petrobrás

Sumário: Introdução. 1. Evolução histórica e contextualização do tema. 2. Óbices à aplicação da arbitragem e a reforma da lei de arbitragem. 2.1. A Lei de Arbitragem-Lei 9.307/1996. 2.2. Arbitrabilidade. 2.3. Sociedade de Economia Mista. 2.4. Reforma da Lei Arbitragem. 2.5. Precatório Judicial. 3. Análise do Caso Petrobrás. 3.1. Estatuto da Petrobrás. 3.2. Arbitragem no Comércio Internacional. 3.3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Crescente tem sido a aplicação da arbitragem nas soluções de controvérsia, inclusive nas relações envolvendo a administração pública. As objeções a sua implementação foram sendo superadas com a mudança na visão doutrinária e jurisprudencial, admitindo-se, em alguns casos concretos, adoção da arbitragem nos contratos administrativos em decisões do STJ. Em matéria fiscal e tributaria encontra-se maior resistência a sua aplicabilidade por conta do princípio da indisponibilidade.

Este instituto privilegia princípios constitucionais, como a celeridade, a eficiência e a equidade, sendo vantajoso em relação aos processos judiciais, que são demasiadamente prolongados em contraposição ao princípio da duração razoável do processo, em razão da demanda excessiva e por vezes pela complexidade do litígio. A arbitragem, a seu turno, pauta-

se na escolha de árbitros, os quais são especialistas na matéria objeto da controvérsia, o que garante maior confiabilidade nas decisões.

A Lei nº. 9.307/96 veio regulamentar a arbitragem, impulsionando sua adoção nas soluções de questões privadas, contudo a extensão de sua aplicabilidade na administração pública ainda encontra limites, apesar do quadro evolutivo deste instituto. As transformações sociais foram responsáveis por essa mudança de percepção, todavia transpor essas limitações sem violar princípios inerentes ao direito administrativo tem sido um desafio, sendo em que certos casos a arbitragem tem sido admitida.

Outro aspecto relevante seria como enfrentar a dificuldade de implementá-la, ainda que tenha sido pactuado uma cláusula compromissória, por vezes tendo sido necessário recorrer ao judiciário. Neste aspecto, em que medida seria eficaz a sua implementação, levando em conta todos os obstáculos e as omissões legislativas. A Petrobrás, sociedade de economia mista, mesmo tendo permissão, em seu estatuto, para utilização da arbitragem, enfrenta restrições impostas pelo Tribunal de Contas da União, em seu parecer.

Dentro deste panorama, pretende-se fazer uma abordagem, por meio de levantamento de dados bibliográficos, histórico, qualitativo e parcialmente exploratória dos limites impostos à utilização deste instituto no âmbito dos contratos administrativos bem como das controvérsias doutrinárias e jurisprudências. Neste contexto, será analisado o quadro evolutivo para melhor entender o contexto atual e as possibilidades de utilização deste mecanismo bem como os obstáculos interferem em sua implementação. Nesta abordagem, será analisada a aplicação da arbitragem nos contratos envolvendo a Petrobrás.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

Importante contextualizar o tema dentro de uma perspectiva histórica, levando em consideração a inserção desse instituto no escopo da Administração Pública, visto que a sua evolução reflete no espectro de sua aplicabilidade, na atualidade, no âmbito do direito público, objeto de estudo do presente trabalho. Cabe destacar que a arbitragem também é um instrumento apto a solucionar os conflitos existentes em outros ramos do direito, como na área empresarial.

A arbitragem, de acordo com levantamento bibliográfico¹, surgiu em um período remoto da história, tendo sido utilizada pelos antigos povos romanos e gregos dentre outros. Inicialmente, o instituto era dirigido às relações privadas, alcançando, posteriormente, as públicas, mas desde o princípio, com a mesma finalidade de dirimir os conflitos. Embora, tenha sido mantido na sua essência veio ganhando novo contorno para se adaptar a realidade e as novas contingências de um mundo globalizado, como o estreitamento das fronteiras e o crescimento das relações comerciais.

Neste panorama, várias entidades, em âmbito internacional e interno, foram criadas como a American Arbitration Association (AAA), London Court of Arbitration, Câmara de Comércio Internacional (CCI), Corte Internacional de Arbitragem (CIA), Associação Ibero-Americana de Câmaras Comerciais (AICO), Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC), Comissão de Arbitragem da Associação Comercial do Rio de Janeiro, Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo entre outros.

No Brasil, segundo relatos históricos², este instituto foi introduzido por influência de Portugal, durante o período colonial, pelas Ordenações Filipinas, sendo sedimentado, após sua independência, no art. 160 da 1ª Constituição brasileira de 1824.

¹ DELGADO, José Augusto. *A arbitragem no Brasil - evolução histórica e conceptual*. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf>. Acesso em 20 mar.2014.

² CORONA, Roberto Brocanelli.. *Retrospectiva da Arbitragem no direito brasileiro antes da vigência da Lei 9.307/96*. Disponível em: <<http://www.nacionaldedireito.com.br/doutrina/1005/retrospectiva-da-arbitragem-no-direito-brasileiro-antes-da-vigencia-da-lei-9307-96>>. Acesso em: 21 mar 14.

Antes mesmo de sua regulamentação legislativa, pela Lei 9.307/96, já tinha sede constitucional, estando presente expressamente nas Constituições de 1891, 1946 e 1967, objetivando resolver os contenciosos com outros Estados, sendo também disciplinado por outros diplomas legais, como o Código Civil de 1916, o Código Comercial de 1850, os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, a Lei n.º 108 de 11/10/1837, o Decreto n.º 3900, de 26/06/ 1867, e a Lei n.º 1350, de 14/09/1866, cada qual disciplinando uma matéria específica relativa a este ramo do direito.

Em que pese haver regulamentação, ainda existia muita resistência à aplicabilidade da arbitragem, que foram sendo superadas, por conta da necessidade de meios alternativos mais eficazes e céleres de resolver os conflitos, tanto internamente quanto nas relações externas. Por um lado, a Constituição Federal de 1988, admite a sua utilização, em conformidade com o consignado no seu artigo 114, parágrafos 1º e 2º. Por outro lado havia oposição, por conta dos Princípios constitucionais da Legalidade e da Inafastabilidade da Prestação da Tutela Jurisdicional.

O Código de Processo Civil de 1939 tinha previsão da arbitragem, assim como o de 1973, que tratava da matéria em um capítulo específico, do artigo 1.072 ao 1.102, o qual foi revogado com a entrada em vigor desta lei. Este diploma dificultava a implementação deste instituto, pois exigia a homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário bem como exigia a inclusão de cláusula compromissória arbitral, o que tornava o processo mais moroso do que célere, como se objetivava a princípio³.

A positivação advinda com a lei de arbitragem, Lei 9.307/1996, que tem como parâmetro a Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) de 1985, trouxe algumas novidades legislativa. A sua

³ CASTRO, Andréa Rabelo de. *Fundamentos Constitucionais da Arbitragem no Setor Público. Monografia*. 2008. 72p. Especialização. (Pós- Graduação em Direito Público). Programa de Pós- Graduação em Direito Público. Instituto Brasiliense de Direito Público - ID, DF. Disponível em:<<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054322.PDF>>. Acesso em: 20 fev. 2014

relevância reside no fato de ter dispensado a obrigatoriedade de homologação judicial dos laudos arbitrais e tê-los elevado ao status de irrecorribilidade, nos termos do artigo 18 deste dispositivo legal. Com isso, aumenta-se a segurança jurídica no processo de arbitragem, cujas decisões passam a ser equiparada a força das decisões judiciais transitadas em julgado.

Cabe ressaltar que, em seu artigo 1o, foram ressaltadas as hipóteses de sua admissibilidade, que comporta somente os litígios relacionados aos direitos disponíveis, sendo, portanto, óbices os conflitos envolvendo os interesses públicos, como as questões fiscais e tributárias, além das administrativas relativas aos interesses indisponíveis. Essa regulamentação atende aos interesses privados, que careciam de uma legislação específica, estando presente apenas em diploma esparsos como os mencionados anteriormente.

A redação deste dispositivo gerou muitas controvérsias quanto a sua aplicabilidade nos contenciosos administrativos, tendo em vista que nem sempre abrangem direitos indisponíveis. Contudo, tem sido crescente a admissibilidade da arbitragem nos contratos administrativos sendo analisados caso a caso pelos tribunais.

No julgamento do Recurso Especial n.º 904814/PR, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrichi da 3ª turma do STJ, foi reforçado o posicionamento favorável da doutrina e da jurisprudência a utilização da arbitragem nos contratos administrativos de sociedade de economia mista, independentemente de ter sido, a princípio, convencionado ou não esse compromisso arbitral, podendo sê-lo feito após a conclusão da celebração do contrato.⁴

Na doutrina existem três posicionamentos⁵ a cerca desta divergência, em que se defende a aplicabilidade em todos os tipos de contratos realizados pela Administração Pública, com amparo legal no art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/93, ou apenas nos tipos de

⁴BRASIL. Superior Tribunal Justiça (STJ). Resp-904813/PR. Relatora Ministra. Nancy Andrichi. DJe: 04.09.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=904.813+&&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

⁵TIBURCIO, Carmen. *A arbitragem envolvendo a administração pública*. Disponível em: <<http://www.revista.direito.uerj.br/artigos/AARBITRAGEMENVOLVENDOADMINISTRACAOPUBLICA.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

contratos legalmente disciplinado. A terceira orientação tem seu embasamento constitucional no artigo 173, § 1º, admitindo a arbitragem nos contratos envolvendo as sociedades de economia mista e empresas públicas, por exercerem atividade de exploração econômica.

Apesar da existência de limitações a plena utilização deste mecanismo de solução de controvérsias, cabe destacar a presença em nosso ordenamento pátrio, de leis específicas disciplinando e regulamentando o seu uso em alguns tipos de contratos administrativos.

A Lei nº 8.987/95, Lei de Concessão, em seu art. 23, inciso XV, admite a solução amigável das divergências contratuais, abrindo a possibilidade para o uso da arbitragem, porém não é pacífico. Enquanto que a Lei nº 11.079/04, Lei da Parceria Público-Privada (PPP), no art. 11, inciso III, admite expressamente em seu texto a arbitragem, assim como a Lei nº 9.478/97, Lei do Petróleo, no art. 43, X, a Lei nº 5.662/71, Lei do BNDES, no art. 5º, a Lei nº 8.693/93, Lei do Transporte Ferroviário, no art. 1º, § 8º, a Lei nº 10.848/04, Lei da Comercialização de Energia Elétrica (CEE), no art. 4º, § 6º, a Lei 10.233/01, Lei dos transportes aquaviário e terrestre, no art. 35, XVI, e o Decreto lei nº 1.312/74, art. 11, referentes aos empréstimos.

O Estado de Minas Gerais, em sintonia com esse quadro evolutivo, elaborou a lei estadual, Lei 19477, de 12/01/2011, ampliando o espectro de possibilidade de adoção de arbitragem, para admitir sua aplicação na esfera da administração pública, tendo em vista que a Lei 9.307/96 não vedou, apenas restringiu seu escopo aos direitos disponíveis.

Nesse mesmo sentido, foi elaborado o Projeto de Lei nº 406/13⁶, pelo Senador Renan Calheiros, objetivando a introduzir modificações na lei de arbitragem, Lei 9.307/96, para incorporar a hipótese permissiva de utilização desse mecanismo nos contratos administrativos.

⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; DI SALVO, Sílvia Helena Johonsom. *A reforma da lei de arbitragem: análise sobre a autorização do uso da arbitragem pela administração pública direta e indireta*. Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2013/12/A-REFORMA-DA-LEI-DE-ARBITRAGEM_2013-12-11.pdf>. Acesso em 22 mar. 2014.

Percebe-se uma tendência progressiva de utilização deste instituto, estendendo seu alcance além do direito privado, mas ainda encontra opositoridade, justamente pela omissão legislativa, esbarrando no princípio da legalidade, um dos princípios basilares da administração pública ao lado da moralidade e impessoalidade.

Esta mudança de percepção se deve a necessidade de buscar soluções alternativas para resolver as controvérsias e ao mesmo tempo desafogar o judiciário, cuja demanda cresce a cada ano, prolongando a duração dos processos. Nos contratos internacionais com a sociedade de economia mista ganha importância, essa cláusula arbitral, pois dinamiza as soluções, além de contar com técnicos especializados.

2. ÓBICES À APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM E A REFORMA DA LEI DE ARBITRAGEM

Neste capítulo, pretende-se examinar as opositoridades à aplicação do instituto da arbitragem nas matérias envolvendo a Administração Pública à luz das legislações pertinentes.

2.1. A LEI DE ARBITRAGEM- LEI 9.307/1996

A Lei 9.307 de 26 de Setembro de 1996, que teve seus princípios norteadores inspirado na Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas de Comércio Internacional (UNCITRAL), firmou o caráter obrigatório e vinculante das cláusulas compromissória.⁷

Esta lei permitiu um avanço no processo arbitral ao estabelecer que a sentença arbitral seja irrecorrível e não se submeta a homologação pelo Poder Judiciário, além de constituir um título executivo com os mesmos efeitos da sentença judicial, conforme ficou estabelecendo

⁷ CARMONA, Carlos Alberto (Org.). *Convenção Arbitragem e Processo Arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 41.

respectivamente em seus artigos 18 e 31. Segundo Selma Ferreira Lemes, estas inovações trazidas pela lei elevou a decisão arbitral a condição de equivalência com a decisão judicial.⁸

A eficácia das decisões estrangeiras foi atribuída nos termos do art. 34, contudo, somente em 23.07.2002 aderiu a Convenção de Nova York, denominada de Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958, a qual foi internalizada pelo Decreto n. 4.331.

Em 1998, foram ratificados o Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, internalizado pelo Decreto n.4719/2003 e o Acordo sobre Arbitragem Comercial entre Mercosul, Bolívia e Chile, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto legislativo n. 483/2001.⁹

Mostra nítida tendência ampliar a aplicação deste mecanismo de solução de controvérsia, inclusive em nível externo. Com a intensificação comercial decorrente da globalização, a arbitragem se apresenta como meio mais célere e eficaz para resolver eventuais litígios.

2.2. ARBITRABILIDADE

A Lei de arbitragem, Lei 9.306, ao mesmo tempo em que foi elaborada para viabilizar a utilização desse mecanismo, permitindo transpor os obstáculos que anteriormente dificultavam o seu emprego, restringiu o âmbito de sua aplicabilidade, tanto sob o aspecto subjetivo quanto objetivo.

⁸ LEMES, Selma Ferreira. *Equivalência da Sentença Arbitral à Sentença Judicial*. Disponível em: < <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo48.pdf>>. Acesso em: 23 ago.2014

⁹ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Arbitrabilidade nos Contratos com a Administração Pública*. 2008. 114 f. Trabalho Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2008.

Existe divergência quanto à possibilidade da Administração Pública estabelecer cláusulas contratuais inerentes à aplicação da arbitragem para resolver os litígios, em detrimento da utilização da via judicial.

Quanto ao aspecto subjetivo, esse deve atender ao requisito da capacidade de poder convencionar a arbitragem como meio de solucionar as controvérsias, estabelecendo as regras pertinentes.

Apesar de a Administração Pública ter capacidade para contratar, contraindo direitos e obrigações, nos termos da Lei 8.666/1993, deve observar os princípios constitucionais previstos no caput do artigo 37 da Constituição da República Federativa de 1988. Dessa forma, tem se restringido a possibilidade de convencionar a arbitragem por estar adstrita à observância do princípio da legalidade, sendo necessária lei autorizativa.

Por conta disso, em algumas leis relacionadas com serviço público expressamente preveem a admissibilidade desse instituto, como a Lei de Concessão, Lei 8.987/1995, artigo 23, inciso XV, e a Lei 11.079/2004, que regulamenta as parcerias publico-privado, no seu artigo 11, inciso III.

Cássio Telles Ferreira Netto¹⁰ entende que a capacidade atribuída à Administração Pública é genérica, estando em consonância com o requisito subjetivo exigido pela lei de arbitragem, em seu art. 1º.

Além da capacidade de direito e de fato tem de respeitar o requisito da disponibilidade dos direitos patrimoniais, que concerne ao aspecto objetivo da arbitrabilidade. Somente quando o conteúdo da desavença versar sobre direitos disponíveis, em que seja possível transigir, poder-se-á ser submetido ao processo arbitral, as entidades da Administração

¹⁰ FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *Contratos Administrativos e Arbitragem*. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2008. p. 33 a 35. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=xDU6jsd8By0C&pg=PA34&lpg=PA34&dq=direitos+patrimoniais+indisponiveis+e+arbitragem+elsevier&source=bl&ots=i2t5Pw6lvW&sig=xCm837KmmuFJL-IJHUSoKFHsnw&hl=pt-BR&sa=X&ei=i4v7U-LGFe7MsQTyjICQCA&ved=0CCMQ6AEwAQ#v=onepage&q&f=true>>. Acesso em 25 ago. 2014.

Pública. Trata-se de uma atuação estatal como gestor, no qual administra seus próprios interesses, considerados como secundários ou derivados.

O Código Civil de 2002, em seu art. 852, exemplifica algumas hipóteses de inaplicabilidade deste instituto, por configurarem direitos indisponíveis, que não se submetem ao processo de arbitragem. Importante destacar que o Estado atua com poder império para atender aos interesses primários, que correspondam aos interesses da coletividade. O árbitro verificando a inaplicabilidade do instituto remeterá o processo ao Judiciário, em conformidade com o disposto no art. 25 da lei 9306.¹¹

Essa distinção na atuação estatal é relevante, tendo vista essa restrição legal que delimita o campo de aplicabilidade desse mecanismo de solução de controvérsias, em função dos interesses do ente público.

2.3. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Embora ainda exista muita resistência à aplicabilidade da arbitragem na esfera da Administração Pública, esse panorama vem progressivamente sendo modificado, conforme pode ser constatado em decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Tem se firmando entendimento Jurisprudencial de que a Lei de arbitragem, Lei 9306, não veda sua aplicação nos contratos envolvendo sociedade de economia mista, quando estiver na condição de exploração de atividade econômica. A impossibilidade utilização do instituto decorre da indisponibilidade do direito, quando a atividade desenvolvida for voltada para atendimento dos interesses públicos.

¹¹ CANETTI, Silvia Fontenelle Dumans. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. 2007. 62 f. Trabalho Monografia (em Direito) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), Rio de Janeiro, 2007.

O STJ, ¹² no julgamento do caso Uruguaiana Empreendimentos Ltda., Recurso Especial 606.345, posicionou favorável a cláusula arbitral, em razão de sua força cogente, que vincula as partes ao que foi anteriormente convencionado no contrato. Nesse caso, os direitos são disponíveis, por se tratar de atividade com fins lucrativos e de interesse patrimonial, regendo-se pelas normas do direito privado.

O Ministro Fux, ¹³ no Julgamento do Mandado de Segurança 11.308, votou a favor da via arbitral por não violar o princípio do juiz natural, uma vez que o meio de solucionar o conflito foi convencionado pelas partes. Ressalte-se que as partes possuem autonomia da vontade, inerentes aos contratos privados, não havendo, no caso, direitos indisponíveis.

Segundo Selma M. Ferreira Lemes, com base na jurisprudência, destaca que a sociedade de economia mista tem capacidade para convencionar o juízo arbitral, além de a ele se submeter, em conformidade com a Lei 9.307/96, nas matérias relativas a direito disponível. O julgado por ela analisado trata de contrato de compra e venda de energia elétrica, tendo como uma das partes uma sociedade de economia mista. No caso foi admitida a arbitragem como meio apto para solucionar o litígio, tendo em vista que a energia elétrica é mercadoria e, portanto, um direito disponível. Esse entendimento resultou do julgamento do Agravo de Instrumento n. 174.874-9/02 -2 do TJPR.¹⁴

2.4. REFORMA DA LEI ARBITRAGEM

¹² SALOMÃO, Wiliander França. *A arbitragem na administração pública*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9627&revista_caderno=4>. Acesso em 20 ago. 2014.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal Justiça (STJ). *Mandado de Segurança n.º 11.308*. Relator: Min Luiz Fux. Dje:03.03.2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=2232419&tipo=0&nreg=200502127630&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20060303&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 20 ago. 2014

¹⁴ LEMES, Selma M. Ferreira. *Jurisprudência Brasileira sobre Arbitragem e Sociedade de Economia Mista uma Lição Pedagógica*. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Arbitragem%20e%20SEM.%20Jurisprud%20C3%Aancia%20Pedag%20C3%B3gica.pdf>> . Acesso em 21 ago. 2014.

O crescimento das demandas envolvendo cláusulas arbitrais, na qual se questiona sua admissibilidade em sede de administração pública, levou a elaboração do Projeto de Lei nº 406/13, denominado de reforma da lei arbitral, Lei 9307, com o objetivo de alcançar as matérias envolvendo a administração direta e indireta.

Embora existam precedentes do STJ admitindo a arbitragem no âmbito de entidades da administração pública, quando estivessem atuando em atividade econômica, em atendimento aos interesses secundários, ainda encontra-se resistência a sua aplicabilidade por parte do Tribunal de Contas da União. Um dos objetivos precípuos desse projeto de lei é garantir segurança jurídica aos investimentos externos e propiciar o desenvolvimento interno.¹⁵

Atualmente, a arbitragem ganha força por se mostrar um meio eficiente de solucionar os litígios na iniciativa privada interna e externa. Essa aplicação poderia ser estendida a Administração Pública na celebração de contratos, como obras de infraestrutura que requer vultosos investimentos, por trazer segurança aos investidores. Neste caso, o interesse não é primário e os interesses são disponíveis.

2.5. PRECATORIO JUDICIAL.

A questão dos precatórios requer a análise da natureza jurídica da decisão arbitral. A Lei de Arbitragem, Lei 9.307, em seu art. 31, equipara essa decisão a sentença judicial, atribuindo-lhe os mesmos efeitos, além de poder constituir título executivo judicial quando condenatória. Quando envolver ente público, na condição de réu, se submeterá ao regime de precatório do art. 100 da CRFB/1988 e da execução forçada prevista no art. 475-N, inciso IV,

¹⁵ OLIVEIRA, op. cit., p.1.

do Código de Processo Civil. Tal exigência se deve a necessidade de respeitar os preceitos constitucionais ínsitos no dispositivo legal da dotação orçamentária, art. 167, incisos I e II.¹⁶

Essa situação é excepcionada no art. 8º da Lei federal 11.079 de 30 de dezembro de 2004, Lei de Parceria Público Privada, a qual admite que as obrigações pecuniárias sejam garantidas por fundos providos pela iniciativa privada, mitigando a obrigatoriedade de pagamento pela fazenda pública por meio de precatório. Contudo surgiu questionamento doutrinário quanto à constitucionalidade desse dispositivo, tendo em vista que somente por lei complementar, consoante o art. 165,§ 9º, inciso II, da própria Constituição Federal, poderia se regulamentar a instituição e o funcionamento dos fundos¹⁷.

Em sentido contrário, defende-se a constitucionalidade, destacando-se a tese elaborada por Gustavo Binenbojm¹⁸ segundo a qual o art.8º da Lei 11.079/2004 não viola o preceito constitucional mencionado, ao admitir a constituição de um fundo garantidor, que é pessoa jurídica de direito privado, por não se tratar de criação de fundo publico, que prescindiria de lei complementar. Outro argumento por ele defendido é o fato da Lei de Parcerias Público Privadas ter sido elaborada para regulamentar a Lei Complementar de Responsabilidade Fiscal, LC n.º 101/2000. Esse fundo tem por finalidade garantir o cumprimento das obrigações contratadas, dispensando a obrigatoriedade de seguir a regra do art. 100 do CPC.

Enfrentadas as questões relativas à admissibilidade ou não processo de arbitragem na esfera da Administração Pública e o meio pelo qual o pagamento do crédito arbitral se processa, por precatório ou pelo Fundo Garantidor das Parcerias Público Privadas, analisar-se- os casos concretos relacionados com a matéria que foram objetos de julgamento.

¹⁶ WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Acordos Administrativos, Decisões Arbitrais e Pagamentos de Condenações Pecuniárias Judiciais*. Disponível em:<<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE-26509.pdf/07ArcodosAdministrativosDecisoesArbitrais.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2014.

¹⁷ *Ibid.*, p. 16-17.

¹⁸ BINEJNBOJM, apud WILLEMANN. Flávio de Araújo. *Acordos Administrativos, Decisões Arbitrais e Pagamentos de Condenações Pecuniárias Judiciais*. p.17 -19.Disponível em:<[http://download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE-26509.pdf/07ArcodosAdminis trativosDecisoesArbitrais.pdf](http://download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE-26509.pdf/07ArcodosAdminis%20trativosDecisoesArbitrais.pdf)>. Acesso em 20 ago. 2014.

Alguns casos já analisados demonstram uma mudança de paradigma e a quebra de resistência quanto à utilização desse mecanismo de solução de controvérsia, cuja legalidade e vícios podem ser objetos de controle judicial.

3. ANÁLISE DO CASO PETROBRÁS.

Pretende-se examinar a arbitragem no caso concreto à luz de posicionamento doutrinários e jurisprudenciais, com vistas à compreensão de sua aplicabilidade e admissibilidade na esfera da Administração Pública. Nesse escopo se insere o caso Petrobras, que nem sempre teve admitido à arbitragem, em que pese ter sido convencionado pelas partes a inclusão de uma clausula arbitral.

3.1. ESTATUTO DA PETROBRÁS.

O Estatuto Social da Petrobrás prevê expressamente, no seu art. 58¹⁹, a possibilidade de utilização da arbitragem na celebração dos seus contratos nacionais e internacionais, observando as regras estabelecidas pela Câmara de Arbitragem do Mercado.

Essa sociedade de economia mista tem plena capacidade para celebrar contratos tanto plano interno quanto externo, tendo em vista, esses, serem de natureza privada e de cunho patrimonial, podendo, por conseguinte optar pela inclusão ou não desta cláusula. Consoante o disposto no art. 3,§1º e §2º de seu Estatuto, é admitindo o exercício de atividade econômica

¹⁹BRASIL. Estatuto da Petrobrás. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.petrobras.com.br%2Fflumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8AF6052E40C1D95B0140D01F442D30CD&ei=KeUNVJnWGc3PggSVtoIo&usg=AFQjCNFTxc0XI4J5qStlLDEPsR2wm-3dBA&sig2=aOrxWLLSZ0MBlizK65eY6w&bvm=bv.74649129,d.eXY>>. Acesso em 15 ago. 2014.

de livre concorrência, respeitando o seu objeto social previsto no caput do mesmo dispositivo legal.

3.2. ARBITRAGEM NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

No plano internacional, tem sido adotado esse meio de solução de conflitos, tendo em vista a celeridade e a eficácia, principalmente em causas complexas que envolvem conhecimentos técnicos tendo como fundamento legal o art. 58 do Estatuto da Petrobrás e o art. 43, inciso X, da Lei 9.478 de 6 de agosto de 1997.

Essa lei instituiu²⁰, no seu art. 7º, a Agência Nacional do Petróleo (ANP), além de ter simplificado o processo licitatório nas atividades relacionadas com o monopólio do petróleo, conforme disposto no art. 67, o qual foi regulamentado pelo Decreto nº. 2.745/98, excepcionando a obrigatoriedade de licitação prevista no art. 2º da Lei 8.666.

Esses dispositivos foram considerados inconstitucionais em decisão do Tribunal de Contas da União (TCU), prolatada no acórdão nº. 1.663/2005²¹, que entendeu ser imprescindível a licitação, conforme estabelecido na Lei 8.666/93. Esse órgão admite a Administração Pública admite a arbitragem quando versa sobre direito disponível, não se tratando de interesse da coletividade.

Em mandado de segurança com pedido liminar impetrado pela Petrobrás em face da decisão do plenário do TCU, confirmada no acórdão nº 1.398/2008, o STF concedeu a liminar por entender que não compete aquele declarar a inconstitucionalidade de lei ou atos normativos federais, cuja competência é dessa Corte.. Além do fato da alteração do § 1º do

²⁰ TIBURCIO, Carmen. A Petrobras e a arbitragem. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1100,31047-A+Petrobras+e+a+arbitragem> >. Acesso em 17 ago. de 2014.

²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União-TCU. Acórdão nº. 1.663/2005. Relator: Augusto Nardes. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2FConsultas%2FJuris%2FDocs%2Fjudoc%255CAcord%255C20080725%255C008-037-2006-6-RC.doc&ei=zycOVOiAHRLisASpmoCICg&usg=AFQjCNHyfvkQE1TRbZz1HKCuUpkW-uN5uQ&sig2=52JpWJNDvG2I5N6uYEvljw>>. Acesso em 15 ago. 2014.

art.177 da atual Constituição Federal ter possibilitando a exploração de petróleo por pessoa jurídica de direito privado, como as empresas públicas, sociedade de economia mista e as da iniciativa privada, nos termos do inciso I a IV deste dispositivo, sendo assegurada a livre concorrência, segundo as condições de mercado, consoante art. 61§1º da Lei 9478/97. Em consequência, admite esse processo licitatório simplificado para garantir igualdade de condições para competir interna e externamente.²²

3.3 PRECEDENTE DO STJ

O Superior Tribunal de Justiça tem respeitado as cláusulas compromissórias contidas nos contratos quando versam sobre direitos disponíveis, apenas admitindo a tutela jurisdicional em caso de urgência, até que se instaure o processo arbitral. Esse Tribunal tem admitindo, em hipóteses excepcionais, a medida cautelar para assegurar o resultado útil da decisão arbitral ou para atribuir efeitos suspensivos, presentes os requisitos das cautelares.

No julgamento do Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 19.226/ MS, interposto pela Petrobrás, foi deferida a medida liminar pleiteada para suspender os efeitos da decisão do Recurso Especial nº 1.288.106/MS, que impedia o corte de fornecimento de energia a Tractebel Energia S/A.²³ Esta medida tem caráter excepcional, tendo em vista existência de cláusula compromissória, que vincula as partes ao convencionado, excluindo a via judicial, ocasionando a extinção do processo sem exame de mérito, em conformidade com o art. 267., inciso VII, do CPC. O STJ tem firmado orientação neste sentido em julgamento na 1ª, 2ª e 3ª Turmas como nos Recursos Especiais nº 933.371/RJ, nº. 606.345/RS e nº. 712.566/RJ..

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal-STF. Mandado de Segurança. MS 27743. Relatora: Cármem Lúcia. Dje. 0.12.2008. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14768047/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-27743-df-stf>>. Acesso em 17 ago.2014

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.288.106 - MS. Relator: Min.Massami Uyeda. Dje. 29.06.2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=ARBITRAGEM+PETROBRAS&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 17 ago.2014

A admissibilidade da Arbitragem pelos tribunais para sê-la vista pela ótica da disponibilidade do direito, ainda que se tratar de ente da administração pública, pois o interesse seria da administração e não da sociedade.

CONCLUSÃO

A crescente tendência de aceitação da Arbitragem propiciou mudanças legislativas para que comportasse a sua aplicabilidade, tendo em vista que antes da Lei 9.307/1996, as cláusulas compromissórias não tinham força de decisão definitiva, possibilitando sua modificação pelo Poder Judiciário. Isso inviabilizava a convenção de arbitragem entre as partes, por tornar o processo moroso.

Atento às mudanças sociais, principalmente com a globalização e o crescimento das relações comerciais, passou-se a discutir a admissibilidade desse instituto nos contratos celebrados com a Administração Pública.

O Superior Tribunal de Justiça tem admitido, nos seus precedentes, a utilização deste mecanismo de solução de controvérsia nas contratações da Sociedade de Economia Mista, observando o disposto no art. 1º da Lei 9307/96.

As oponibilidades continuam sendo superadas com o esforço legislativo de compatibilizar as leis à realidade social. O Projeto de Lei do Senado nº 406 de 2013 é um exemplo dessa iniciativa ao propor a reforma da lei de arbitragem, Lei 9.307, para estender sua aplicabilidade à Administração Direta e Indireta, respeitada a limitação da disponibilidade do direito.

Esse instituto é um meio alternativo ao judicial, sendo tão ou mais eficaz, na medida em que conta com técnicos e profissionais especialistas na área objeto de litígio, além de ser um processo célere e respeitar os princípios processuais.

REFERÊNCIAS

BINEJNBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. In WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Acordos Administrativos, Decisões Arbitrais e Pagamentos de Condenações Pecuniárias Judiciais*. p.17 -19. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE-26509.pdf/07_ArcodosAdministrativosDecisoesArbitrais.pdf>. Acesso em 20 ago. 2014.

BRASIL. Estatuto da Petrobrás. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.petrobras.com.br%2Fflumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8AF6052E40C1D95B0140D01F442D30CD&ei=KeUNVJnWGc3PggSVtoIo&usq=AFQjCNFTxc0XI4J5qStlLDEPsR2wm-3dBA&sig2=aOrxWLLSZ0MBlizK65eY6w&bvm=bv.74649129,d.eXY>>. Acesso em 15 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal-STF. Mandado de Segurança. MS 27743. Relatora: Cármen Lúcia. Dje. 0.12.2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14768047/medida-cautelara-no-mandado-de-seguranca-ms-27743-df-stf>>. Acesso em 17 ago.2014

BRASIL. Superior Tribunal Justiça (STJ). *Mandado de Segurança n.º 11.308*. Relator: Min Luiz Fux. Dje:03.03.2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=2232419&tipo=0&nreg=200502127630&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20060303&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 20 ago. 2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.288.106 - MS. Relator: Min.Massami Uyeda. Dje. 29.06.2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=ARBITRAGEM+PETROBRAS&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 17 ago.2014

BRASIL. Superior Tribunal Justiça (STJ). Resp-904813/PR. Relatora Ministra. Nancy Andrighi. DJe: 04.09.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=904.813+&&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União-TCU. Acórdão nº. 1.663/2005. Relator: Augusto Nardes. Disponível em:<<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2Fconsultas%2FJuris%2FDocs%2Fjudoc%255CAcord%255C20080725%255C008-037-2006-6-RC.doc&ei=zycOVOiAHrLisASpmoCICg&usq=AFQjCNHyfvkQE1TRbZz1HKCuUpkW-uN5uQ&sig2=52JpWJNDvG2I5N6uYEv1jw>>. Acesso em 15 ago. 2014.

CANETTI, Silvia Fontenelle Dumans. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*.2007. 62 f. Trabalho Monografia (em Direito) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), Rio de Janeiro, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto (Org.). *Convenção Arbitragem e Processo Arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 41.

CASTRO, Andréa Rabelo de. *Fundamentos Constitucionais da Arbitragem no Setor Público*. Monografia. 2008. 72p. Especialização. (Pós- Graduação em Direito Público). Programa de Pós- Graduação em Direito Público. Instituto Brasiliense de Direito Público - ID, DF.

Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054322.PDF>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

CORONA, Roberto Brocanelli.. *Retrospectiva da Arbitragem no direito brasileiro antes da vigência da Lei 9.307/96*. Disponível em: <[http://www.nacionaldedireito.com.br/doutrina/1005/retrospectiva-da-arbitragem-no-direito-brasileiro-antes-da-vigência-da-lei-9307-96](http://www.nacionaldedireito.com.br/doutrina/1005/retrospectiva-da-arbitragem-no-direito-brasileiro-antes-da-vigencia-da-lei-9307-96)>. Acesso em: 11 mar 14.

DELGADO, José Augusto. *A arbitragem no Brasil - evolução histórica e conceptual*. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf>. Acesso em 20 mar.2014.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *Contratos Administrativos e Arbitragem*. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2008. p. 33 a 35. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=xDU6jsd8By0C&pg=PA34&lpg=PA34&dq=direitos+patrimoniais+indisponiveis+e+arbitragem+elsevier&source=bl&ots=i2t5Pw6lvW&sig=xCm837KmmuFJL-IJHUSoKFHsnw&hl=pt-BR&sa=X&ei=i4v7U-LGFe7MsQTyjICQCA&ved=0CCMQ6AEwAQ#v=onepage&q&f=true>>. Acesso em 25 ago. 2014.

LEMES, Selma Ferreira. *Equivalência da Sentença Arbitral à Sentença Judicial*. Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo48.pdf>>. Acesso em: 23 ago.2014

LEMES, Selma M. Ferreira. *Jurisprudência Brasileira sobre Arbitragem e Sociedade de Economia Mista uma Lição Pedagógica*. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Arbitragem%20e%20SEM.%20Jurisprud%20C3%AAncia%20Pedag%20C3%B3gica.pdf>>. Acesso em 21 ago. 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de ; DI SALVO, Sílvia Helena Johansom. *A reforma da lei de arbitragem: análise sobre a autorização do uso da arbitragem pela administração pública direta e indireta*. Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2013/12/A-REFORMA-DA-LEI-DE-ARBITRAGEM_2013-12-11.pdf>. Acesso em 20 mar. 2014.

SALOMÃO, Wiliander França. *A arbitragem na administração pública*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9627&revista_caderno=4>. Acesso em 20 ago. 2014.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Arbitrabilidade nos Contratos com a Administração Pública*. 2008. 114 f. Trabalho Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2008.

TIBURCIO, Carmen. *A arbitragem envolvendo a administração pública*. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/AARBITRAGEMDENVOLVENDOADMINISTRACAOPUBLICA.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

TIBURCIO, Carmen. *A Petrobras e a arbitragem*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1100,31047-A+Petrobras+e+a+arbitragem>>. Acesso em 17 ago. de 2014.

WILLEMANN, Flávio de Araújo *Acordos Administrativos, Decisões Arbitrais e Pagamentos de Condenações Pecuniárias Judiciais*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE-26509.pdf/07AcordosAdministrativosDecisoesArbitrais.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2014.