

Fora do Tribunal: Regulamento para arbitragem na administração é retrocesso



Na semana retrasada, utilizei este espaço para discorrer de forma

abrangente sobre inovações contidas no projeto de revisão da Lei de Arbitragem (PLS 406/2013). Defendi que seria um retrocesso condicionar à edição de um regulamento todas as arbitragens relacionadas à administração pública direta e indireta. No presente artigo explicarei, de forma mais aprofundada, o porquê desta minha posição.

A redação atual da Lei 9.307/1996 não faz qualquer referência expressa à Administração Pública. Decerto, o artigo 1º da Lei de Arbitragem apenas dispõe que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Durante algum tempo, a ausência de qualquer menção expressa na Lei à possibilidade de participação de entes da Administração em arbitragens fez pairar certa indefinição na doutrina e na jurisprudência quanto ao tema.

É de se destacar o julgamento paradigmático proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, através de sua 2ª Turma, no REsp 612.439/RS^[1], relatado pelo ministro João Otávio de Noronha. Naquela ocasião o STJ pacificou que “são válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção e comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, artigo 173 parágrafo 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste”.

Nesse julgamento, o STJ ainda distinguiu as situações em que a sociedade de economia mista atua como empresa privada, buscando seu interesse econômico específico, daquelas em que eventualmente atua à luz do interesse público primário: “Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é?,



serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos a arbitragem (...) Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, consequentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não sujeitos a arbitragem”.

Posteriormente, no julgamento do REsp 904.813[2], de relatoria da ministra Nancy Andrighi, a 3ª Turma do STJ definiu que “o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes, não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente”. Assim, pacificou-se que a Administração Pública direta ou indireta poderia submeter litígios à arbitragem, mesmo que ausente cláusula compromissória no contrato ou ainda previsão no edital.

Tendo por base a evolução jurisprudencial e doutrinária, a Comissão de Juristas constituída pelo Senado para revisar a Lei de Arbitragem sugeriu a inclusão de dois parágrafos ao art. 1º da mesma. Referida sugestão foi acolhida pelo Senado, e incorporada ao PLS 406/2013, com a seguinte redação:

“Art. 1º. (...)

§ 1º A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.”

Buscou-se, com tais inclusões, alcançar dois objetivos. O primeiro, positivizar aquilo já pacificado pela jurisprudência do STJ, mas que, como não consta da Lei, ainda poderia ensejar discussões, principalmente naquelas unidades jurisdicionais de estados pouco habituados às arbitragens. Seria uma forma de perenizar e consolidar a solução adequada e favorável encontrada pelo STJ à arbitragem envolvendo entes da Administração Pública. O segundo objetivo foi dirimir eventuais dúvidas que poderiam surgir quanto a quem teria autonomia, por parte da Administração, para firmar a convenção de arbitragem. Buscou-se, portanto, reforçar e esclarecer.

Após a aprovação do Projeto de Lei no Senado, o texto foi enviado para a Câmara, que apresentou uma emenda para suprimir o parágrafo primeiro transcrito acima, substituindo-o pelo seguinte:

“§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, desde que previsto no edital ou nos contratos da administração, nos termos do regulamento”.



Percebe-se, de plano, dois retrocessos. Condiciona a arbitragem a um regulamento, a ser editado posteriormente pelo Executivo. Desnecessário discorrer sobre o risco que isso representa, tanto em relação ao tempo, quanto em relação ao conteúdo. O tal regulamento pode demorar demais, pondo em risco as arbitragens existentes e em curso atualmente, relacionadas à Administração, e o dito regulamento, ficando à discricção do executivo, pode conter aspectos ainda mais restritivos, podendo limitar o uso da arbitragem a certos valores ou determinadas modalidades de contratos.

O segundo retrocesso apresenta-se na imposição de que a cláusula compromissória seja necessariamente prevista no edital ou firmada no contrato. Isso impede, por consequência, que a Administração firme um compromisso arbitral, ou seja, não pode acordar submeter um litígio à jurisdição arbitral sem que haja previsão no edital ou no contrato. Isso contraria o que hoje é pacífico no STJ, conforme decidido no REsp 904.813 acima mencionado.

Além disso, a persistir a emenda, surgiria outra dúvida: o regulamento nela referida deve ser promulgado por qual ente federativo? Seria necessário um regulamento no âmbito federal e outros regulamentos nos âmbitos de cada estado? São questões que permanecerão sem resposta por muito tempo, trazendo incertezas para o uso da arbitragem pela Administração Pública.

É de se esperar, portanto, que referida emenda seja suprimida pelo Senado, que irá analisar novamente o PLS 406/2013. Só assim poderá ser honrada a tradição brasileira de prestigiar-se a arbitragem e assegurar o seu uso pela Administração Pública.

[1] Julgado em 25 de outubro de 2005. Participaram do julgamento e acompanharam o voto do relator os ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon.

[2] Julgado em 20 de outubro de 2011. Participaram do julgamento, além da relatora, os ministros Massami Uyeda, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Date Created

29/03/2015