

SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS. CONTRATOS. CLÁUSULA DE ARBITRAGEM

Por Ana Carolina Coura Vicente Machado

Advogada em Curitiba. Consultora da JML Consultoria & Eventos Ltda. Integrante da equipe de apoio técnico da Revista JML de Licitações e Contratos. Pós-graduanda em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada pela Universidade Federal do Paraná. Atuou na área de licitações e contratos administrativos, pelo período de cinco anos, na administração indireta do Município de Curitiba.

A presente Coluna visa analisar a possibilidade de adoção de cláusula de arbitragem nos contratos formalizados pelos Serviços Sociais Autônomos.

A arbitragem, como bem conceitua Marçal Justen Filho, “consiste numa solução pactuada entre as partes de uma relação jurídica prevendo que litígios existentes ou futuros serão compostos mediante decisão de sujeitos privados, com eficácia equivalente àquela proferida pelo Poder Judiciário”.¹

Sobre a utilização da arbitragem no âmbito dos contratos administrativos, muito se discutia sobre a sua viabilidade, em vista da interpretação que se fazia do art. 1º da Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), que diz “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a **direitos patrimoniais disponíveis**.” (grifou-se)

Justamente porque a arbitragem se dirige à resolução de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis é que existia corrente que defendia² ser inviável o uso da arbitragem pela Administração Pública, posto que esta atua em função do interesse público, administrando bens e patrimônio público, que são marcados pelo traço da indisponibilidade.

Nesse sentido, a seguinte decisão do Tribunal de Contas da União:

“Ementa

Consulta formulada pelo MME. Admissibilidade da adoção de Juízo arbitral para contrato administrativo. Conhecimento.

(...)

É admissível a adoção de juízo arbitral para solucionar pendências em contrato administrativo? A nossa resposta é negativa, tendo em vista as razões e fundamentos que passamos a alinhar. Em primeiro lugar, e sem ainda centrarmos a questão sob a ótica de certos princípios basilares do Direito Administrativo, cabe notar que o recém-revogado Decreto-lei nº 2.300/86, em uma única de suas passagens cogita da hipótese de utilização de juízo arbitral em contratos celebrados pela Administração Pública. Trata-se do parágrafo único do art. 45, cujas disposições permitiam o juízo arbitral nos casos de contratação referidos no § 13 do art. 25 do mesmo Decreto-lei, quando o contratado fosse pessoa física ou jurídica domiciliada no estrangeiro. Ora, ressaltando expressamente hipóteses em que tinha por admissível o juízo arbitral - e cuja lógica de ser reside na impossibilidade prática de fazer valer sentenças de nossos Tribunais contra pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro e que, em nosso País, não possuam representação ou representante legal com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente -, queda evidente que o Estatuto, como regra, inadmitia a utilização do juízo arbitral como meio idôneo a solver pendências relativas aos contratos administrativos nele disciplinados, tolerando-o apenas naquelas situações excepcionalíssimas a que acima nos referimos e pela

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 892.

² Na qual a JML Consultoria se incluía, citando-se, como exemplo, a manifestação publicada na Revista JML de Licitações e Contratos nº 19, de junho de 2011, seção “Questões Frequentes”: “Dessa forma, em vista de os contratos firmados pela Administração envolverem bens que são considerados indisponíveis e que necessitam de regulamentação especial para sua utilização e fruição, entende-se que não é cabível, a rigor, a adoção de juízo arbitral no âmbito destes.”

razão de ordem prática também acima declinada. Já o recém-editado Estatuto das Licitações e Contratos - Lei nº 8.666, de 21.06.93, que revogou o Decreto-lei nº 2.300/86 -, cujos § 6º do art. 32 e § 2º do art. 55 guardam correlação, respectivamente, com os citados § 13 do art. 25 e parágrafo único do art. 45 do Estatuto revogado, sem, contudo, repetir-lhes o exato teor, deixa de admitir expressamente até mesmo aquelas hipóteses de juízo arbitral contemplada no Decreto-lei nº 2.300/86. Tal supressão da autorização expressa para o uso do juízo arbitral nas pendências atinentes aos contratos antes referidos no § 13 do art. 25 do Decreto-lei nº 2.300/86 e, hoje, no § 6º do art. 32 da Lei nº 8.666/93, longe de sugerir que, pelo disciplinamento atual seria cabível o juízo arbitral nos contratos administrativos, mostra que, ao contrário, essa hipótese foi, de plano, refutada pelo legislador do novo Estatuto, até porque, se posta fosse sua intenção, ele (legislador) decerto teria introduzido na Lei dispositivo consignando ser admissível o juízo arbitral nos contratos por ela disciplinados ou enumerando as hipóteses em que isso seria cabível. **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, consectários 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.** Fere o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado porquanto, ao se instaurar o juízo arbitral ou ao se conceder ao particular o poder de invocar tal juízo, o que ocorre na prática é que a Administração se despe de prerrogativas mais essenciais que lhe outorgam o princípio em tela, para vir colocar-se em plano egualitário com o particular, e, nesse passo, colocar também o interesse público em paridade com o privado, o que efetivamente configura violação do mesmo princípio. Fere também o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois, ao entregar a terceiro que não o Estado-Juiz o poder de decidir sobre a sorte de interesses que a ela, Administração, incumbe curar, o efeito prático disso é fazer disponível esse bem supremo (o interesse público), ao sabor daquilo que o árbitro constituído venha a deliberar sobre a pendência a ela submetida. Igualmente fere o princípio da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos, na medida em que direitos enfeixados pela Administração por força da lei ou dos princípios de direito público, tais aqueles consubstanciados nas chamadas cláusulas exorbitantes, e que lhe permitem, dentre outros, alterar unilateralmente o ajuste, decidir sobre a procedência ou não de pleitos versando sobre o restabelecimento da equação financeira, ou sobre a aplicação de sanções ao contratado, seriam ou poderiam, através do juízo arbitral, ser transferidos para terceiro estranho à Administração (o árbitro, no caso). Do mesmo modo fere o princípio do controle administrativo ou tutela, eis que, previsto o juízo arbitral num contrato, até mesmo o poder-dever indeclinável da Administração de rever seus atos atinentes à contratação por ilegalidade ou contrariedade ao interesse, e.g., poderia, sem dúvida, ser impugnado pelo contratado a quem aproveitava o ato invalidado, e a pendência, assim criada, ser levada à deliberação do terceiro erigido em árbitro do interesse público em jogo. Fere, por fim, o princípio da vinculação por aquilo que a só previsão do juízo arbitral ou sua adoção constitui, na prática, ameaça constante à estabilidade das regras e condições que presidiram o certame licitatório, bem assim das condições ofertadas na proposta vencedora do mesmo certame, dado que, a todo tempo, poderia o contratado pleitear e talvez obter no juízo arbitral vantagens contratuais que, na instância administrativa, provavelmente não obteria, dados os impedimentos legais que, sem dúvida, se anteporiam à concessão do pleito formulado, tal o pedido de recomposição de preços, cuja concessão, à luz do direito administrativo, só é possível ante a superveniência de evento imprevisível e imprevisto à época da contratação e de excessiva onerosidade para o contratado (teoria da imprevisão).

Decisão

O Tribunal de Contas da União, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 1. conhecer, como consulta, o expediente do Aviso nº 167/GM/1993, do Exmo. Senhor Ministro de Minas e Energia, para respondê-lo que **o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros);**³ (grifou-se)

Em outro julgado, porém, a Corte de Contas entendeu viável referida cláusula, desde que comprovada sua vantajosidade:

“9.1.2. conhecer do pedido de reexame em relação às demais impugnações para, no mérito, dar-lhe provimento parcial de forma a dar a seguinte redação aos seus subintes 9.3.1, 9.3.2 e 9.3.3. do Acórdão 2.094/2009-Plenário:

9.3.2. nos futuros contratos que vier a celebrar, limite-se a incluir cláusulas compromissórias de resolução de conflitos em sede de juízo arbitral às hipóteses em que a adoção da arbitragem esteja justificada técnica e economicamente e seja comprovadamente de acordo com as práticas de mercado”.⁴

Dentro da corrente doutrinária favorável à utilização da arbitragem no âmbito administrativo, cita-se, como exemplo, a manifestação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Ora, se se trata de contrato administrativo, que é aquele em que se distingue uma finalidade pública a ser diretamente atendida, a aplicação do direito privado é supletiva, mas se se cogita dos demais tipos de contrato da administração, nos quais o interesse público é atendido indiretamente pelo contrato, como no caso das modalidades de seguro, de financiamento, de locação e de outros mais, é a própria Lei que reconhece a predominância do direito privado.

Toda a questão do cabimento da arbitragem na órbita interna se reduz, assim, à definição do campo contratual em que a Administração negocia e estatui como qualquer particular, excluídas, portanto, quaisquer cláusulas em que seja prevista a satisfação de um interesse finalístico da sociedade, cometido ao Estado, este sim, indisponível.

Mas se qualquer dúvida pudesse ainda pairar sobre este aspecto, o advento da Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispondo especificamente sobre os contratos de concessão e de permissão de serviços públicos, que são irretrucavelmente contratos administrativos típicos, e que, por este motivo, destinam-se a satisfazer diretamente interesses públicos indisponíveis, extingue a controvérsia. Com efeito, entre as cláusulas essenciais dessas modalidades contratuais, com alta densidade de interesse público, ficou prevista a que deve dispor especificamente sobre o foro e sobre o modo amigável de solução das divergências contratuais.

(...)

O importante é ter-se patentado um reconhecimento inequívoco da Lei, este sim, bem definido, de que há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual

³ TCU. Decisão 286/1993. Plenário.

⁴ Acórdão 2145/2013 – TCU – Plenário.

a arbitragem não é apenas aceitável, porém, mais do que isso, é recomendável como alternativa ao litígio judicial. E neste ponto reside a inovação oportuna e modernizadora introduzida pelo legislador brasileiro.”⁵

O Poder Judiciário também já se mostrava favorável:

“3. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.

4. O STF sustenta a legalidade do juízo arbitral em sede do Poder Público, consoante precedente daquela corte acerca do tema in ‘Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória’, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, ano 5, outubro-dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, e de autoria do Ministro Eros Grau, esclarece às páginas 398/399, in litteris: ‘Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração’. Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado.

5. Contudo, naturalmente não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como ‘disponíveis’, porquanto de natureza contratual ou privada (...).”⁶

Ocorre que em 2015, a Lei da Arbitragem foi alterada pela Lei 13.129, que incluiu no art. 1º dois parágrafos, que rezam:

“Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º **A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.** (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)”. (grifou-se)

Vê-se, portanto, que atualmente existe expressa previsão legal que autoriza o uso da arbitragem no âmbito administrativo, colocando fim à controvérsia.

Em relação às entidades do Sistema “S”, a JML Consultoria se posicionava contra o uso da arbitragem, utilizando o mesmo raciocínio aplicável à Administração Pública, visto que tais entidades, muito embora sejam dotadas de personalidade jurídica de direito privado e não sejam integrantes da Administração Pública direta ou indireta, administram recursos de natureza pública⁷. Todavia, diante da alteração da Lei, reconhece-se, então, a possibilidade da utilização da arbitragem também pelos Serviços Sociais Autônomos, como meio alternativo de resolução de controvérsias envolvendo direitos patrimoniais disponíveis (a exemplo de questões envolvendo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato).

Uma das características marcantes da arbitragem é a sua maior agilidade para a composição dos litígios em relação à solução da controvérsia no curso de um processo judicial, o que se amolda, portanto, aos princípios da eficiência administrativa e economicidade.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 284-285.

⁶ STJ. AgRg no MS 11.308/DF, 1ª S., rel. Min. Luiz Fux, j. 28.06.2006.

⁷ Sobre a controvertida questão acerca da natureza dos recursos recebidos por essas entidades e sua submissão a princípios e normas gerais norteadores da atividade administrativa confira-se: Acórdãos 3554/2014 e 1869/2015, ambos do Plenário/TCU; RE 789.874/DF/STF e MS 33442 MC/DF/STF. E ainda: “O CONTROVERTIDO REGIME JURÍDICO DO SISTEMA ‘S’ E AS RECENTES ORIENTAÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL” – artigo de Julieta Mendes Lopes Vareschini, veiculado na Edição nº22 do Newsletter do Sistema “S”, disponível em http://news.jmleventos.com.br/newsletter_s/lista.php.

Nessa linha, os comentários de Mauricio Portugal Ribeiro, em face da Lei das Concessões (Lei nº 8.987/1995), que já previa a utilização da arbitragem nos contratos administrativos de concessão pública⁸:

“A utilização da arbitragem para solução de conflitos decorrentes de contratos administrativos tem sido apontada como um meio de conferir agilidade, permitir que especialistas indicados pelas partes possam decidir as questões emergentes dos contratos, aumentar a segurança jurídica e, portanto, reduzir o preço cobrado pelo parceiro privado, ao final, do Poder Público e do usuário para a prestação do serviço.

Foi com o intuito de atender a esses desideratos que a Lei de PPP inovou, permitindo expressamente a aplicação da arbitragem às PPPs. Interessante é notar que a novidade despertou tal interesse que o Governo, por meio de proposta do Ministério do Planejamento e do BNDES, resolveu estendê-la à Lei de Concessões, o que foi feito pela Lei 11.196/2005, que inseriu o art. 23-A na Lei 8.987/1995.

Note-se que antes da Lei de PPP constava do inciso XV do art. 23 da Lei 8.987/1995, do contrato de concessão, a relativa ao modo amigável de solução das divergências contratuais. Alguns entendiam que isso era suficiente para permitir a utilização da arbitragem nos contratos de concessão.

(...)

A Lei de PPP e a reforma realizada em 2005 na Lei de Concessões, ao preverem expressamente o uso da arbitragem nos contratos de PPP e concessões comuns, resolveram a controvérsia em relação a esses tipos de contrato, no que toca à possibilidade de utilização de arbitragem em contratos que envolvem o Poder Público. Deixaram, contudo, intactas outras discussões em torno do tema, cuja solução ficará a cargo dos práticos do Direito, doutrina e jurisprudência.

Dessas controvérsias sobressai a que trata dos limites de aplicação de arbitragem em contratos administrativos. Sua origem entre nós é a ideia de que a arbitragem só pode ser utilizada em conflitos que envolvem direitos disponíveis, que ganhou, aliás, foro legal com a aprovação do art. 1º da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem).

(...)

Vale ressaltar ser comum nos contratos de concessão a realização de procedimentos de revisão durante os quais, muitas vezes, ocorre extensa renegociação pela Administração Pública. Na experiência brasileira recente, diversas vezes Agências Reguladoras renegociaram contratos de concessão, modificando, entre outros, os planos de investimento que os integravam, valor da tarifa e obrigações da Administração neles previstas.

Nesses procedimentos de revisão contratual, sob o manto da necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a Administração negocia com o concessionário e dispõe sobre os meios e formas para reequilibrar o contrato. Negar a natureza negocial desses procedimentos e que neles ocorra disposição sobre assuntos relacionados com o interesse público seria tentar mascarar sol com peneira. (...)

É a esse tipo de procedimento que, na nossa opinião, a arbitragem pode ser aplicada. Em relação aos contratos administrativos, sem qualquer prejuízo e sem qualquer alteração de um estado de fato, é preciso assegurar a possibilidade de os agentes públicos, dentro de determinados limites, realizarem negociação e, por isso, disporem sobre questões de interesse público.

Uma maneira um pouco mais realista de enfrentar a questão é a sugerida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto: dizer que a Administração Pública não negocia o interesse público, mas os meios de melhor atingi-lo. Isso converte os interesses públicos em fins abstratos, cujos meios para consecução podem ser objeto de negociação. Nessa visão, o cerne da discussão desloca-se para a definição do exato lugar em que se põe a linha entre o fim – o interesse público – e os meios para atingi-lo.”⁹ (grifou-se)

⁸ Lei 8.987/1995: “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

⁹ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 167-170.

Dessa feita, mostrando-se a arbitragem como um mecanismo idôneo e eficaz de heterocomposição de conflitos, plenamente viável sua previsão em editais de licitações, contratos administrativos e outros ajustes celebrados pelos Serviços Sociais Autônomos, sem que isso implique na ofensa de princípios administrativos gerais ou no prejuízo da competitividade do certame e da busca pela proposta mais vantajosa.

O importante é que, pretendendo valer-se desse mecanismo, a Entidade discipline previamente a matéria¹⁰, respeitando os limites para a incidência do juízo arbitral, nos termos do que leciona Marçal Justen Filho:

“É muito conveniente que a arbitragem seja prevista já no edital. Mais ainda, é muito recomendável que o edital já estabeleça as condições essenciais relativamente à arbitragem. Deve-se evitar a chamada arbitragem *ad hoc* - aquela que se desenvolve sem o suporte de uma instituição arbitral.

A cláusula de arbitral deve ser cheia, o que significa a previsão das condições e soluções a serem adotadas em caso de se fazer necessária a sua instauração.

A ausência de previsão da arbitragem no edital (e, como decorrência, no contrato) não impede a sua adoção em momento posterior. Aplica-se, no âmbito da atividade administrativa, o cabimento de previsão da arbitragem por meio de cláusula compromissória contida no contrato ou por decorrência de compromisso arbitral. Nesse último caso, a arbitragem é adotada sem estar prevista no contrato, traduzindo um acordo de vontades aperfeiçoado depois da contratação, quando instaurado o conflito entre as partes.

Lembre-se que a arbitragem é um meio de composição de conflitos. Não afeta os direitos e obrigações previstos no edital e no contrato. A adoção da arbitragem, não prevista originalmente no contrato, não configura uma vantagem indevida ao particular contratado. Negar o cabimento da arbitragem porque não prevista originalmente no contrato administrativo equivaleria a proibir a transação como forma de extinção de um litígio surgido entre as partes sob o fundamento da ausência de autorização no ato convocatório.”¹¹ (grifou-se)

Precisos, também, os apontamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“A Lei 13.129, de 26.5.15, ao alterar a lei de arbitragem (Lei 9.307, de 23.9.96), pôs fim à controvérsia a respeito da possibilidade ou não de utilização de arbitragem pela administração pública. (...) Antes disso, algumas leis já previam o uso de mecanismos privados de resolução de disputas, suprimindo a omissão da Lei 8.666/93. É o caso do artigo 23-A da Lei 8.987/95, do artigo 11, III, Lei 11.079/04, além de normas contidas nas leis sobre telecomunicações, transportes aquaviários e terrestres, energia elétrica, dentre outras. (...)

¹⁰ O STJ já entendeu ser possível a instituição da arbitragem, posteriormente, de forma amigável entre as partes, ainda que não tenha sido prevista em edital e contrato: “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. 1. A fundamentação deficiente quanto à alegada violação de dispositivo legal impede o conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 284/STF. 2. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. 3. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ. 4. Não merece ser conhecido o recurso especial que deixa de impugnar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado. Inteligência da Súmula 283 do STF. 5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos. 6. 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. 7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame. 8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável. 9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral. 10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere. 11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia. 12. Recurso especial não provido.” STJ - REsp: 904813 PR 2006/0038111-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/10/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2012.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...*, p. 897.

A Lei 13.129/15 resolveu a controvérsia quanto ao cabimento ou não de cláusula compromissória nos contratos administrativos em geral, mas deixou em aberto a dúvida quanto ao alcance da expressão ‘direitos patrimoniais disponíveis’. Muitos critérios têm sido apontados pela doutrina e jurisprudência para indicar as hipóteses de cabimento da arbitragem pela administração: é possível usar a arbitragem quando se trata de (i) ato de gestão, (ii) em relação aos serviços comerciais e industriais do Estado, (iii) nos atos negociais, em que a administração se iguala ao particular, porque age sem prerrogativas públicas, (iv) nos contratos de direito privado, (v) nas empresas estatais que exercem atividade econômica com base no artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição.

Na realidade, todos os critérios são válidos. Uns não excluem os outros. No entanto, alguns aspectos são especialmente relevantes, a começar pela análise dos vocábulos ‘patrimônio’ e ‘disponível’.

(...)

À primeira vista, é chocante aceitar que possam existir, com relação ao patrimônio público, direitos patrimoniais disponíveis. A tendência é afirmar que não existem direitos patrimoniais públicos que sejam disponíveis. Isso decorre do apego ao conhecido princípio da indisponibilidade do interesse público, (...)

O interesse público é sempre indisponível pela administração pública, porque ele é de titularidade da coletividade, e não do poder público. A administração pública apenas o administra, protege e tem o dever de dar-lhe efetividade. Mas não pode dele dispor livremente porque não lhe pertence. Portanto, é correto afirmar que o interesse público é indisponível, mas isso não significa que todos os direitos patrimoniais, no âmbito do direito público, sejam indisponíveis. Por vezes, a disponibilidade de um patrimônio público pode ser de mais interesse da coletividade do que a sua preservação. A título de exemplo, cite-se o direito do contratado à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Aceita-se essa medida, porque é do interesse público garantir a continuidade dos contratos administrativos.

Há que se lembrar de que a Lei 8.666/93 admite os contratos de Direito Privado, implicitamente, no artigo 62, parágrafo 3º, I, ao mandar aplicar o disposto nos artigos 55 e 58 a 61 “aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o poder público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido predominantemente por norma de direito privado”. O compromisso arbitral tem natureza contratual, da mesma forma que a transação, conforme artigos 840 a 853 do Código Civil. Portanto, não há impedimento para que a administração pública participe de convenção de arbitragem, a qual se regerá pela legislação específica (Lei 9.307/96, alterada pela Lei 13.129/15), mas submetendo-se às normas da Lei 8.666/93, no que couber.

Como nem toda matéria pode ser objeto de decisão pela via da arbitragem — mas apenas os direitos patrimoniais disponíveis —, é importante que os instrumentos convocatórios de licitação e os contratos contenham cláusula prevendo a arbitragem e delimitando as matérias sobre as quais ela é possível. O fato de ser inserida a cláusula de arbitragem nos contratos administrativos não significa que ela possa referir-se a todas as matérias de que trata o contrato, porque algumas podem se referir a direitos patrimoniais indisponíveis.

Os contratos administrativos contêm cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras referem-se ao próprio objeto do contrato, à forma de sua execução; elas decorrem do poder regulador da administração pública; são fixadas e alteradas unilateralmente pelo poder público. Mas as cláusulas financeiras, que dizem respeito à remuneração do contratado e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato têm natureza tipicamente contratual. Por isso mesmo, não podem ser alteradas unilateralmente pelo poder público, mas podem ser objeto de acordo entre as partes.”¹² (grifou-se)

E uma vez prevista a cláusula arbitral no edital da licitação e na minuta do respectivo contrato, entende-se que o particular que se sagrar vencedor do certame e vier a ser contratado pela

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos*. In <<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>>. Acesso em 02.08.2018.

Entidade fica sujeito aos seus termos, na medida em que ao aceitar a participar da disputa, já exprime sua vontade em contratar com a Entidade, de acordo com as condições e regras pré-estipuladas.

Muito embora a arbitragem (e o próprio contrato em si) decorra do acordo entre as partes, lembra-se que o contrato administrativo possui um regime peculiar, no qual uma das partes (o ente contratante) se coloca num lugar de supremacia em relação à outra. Assim é que, apesar do vínculo contratual ser formado a partir do consenso entre as partes, o conteúdo da avença, em sua maior parte, é imposto de forma unilateral pelo ente contratante.

Mais uma vez, esclarecedores os comentários de Justen Filho:

“A questão da consensualidade do contrato administrativo é objeto de disputas relevantes. Alguns afirmam que a Administração impõe unilateralmente a sua vontade, à qual o particular deve submeter-se. Portanto, não existiria uma manifestação de vontade unitária, produzida pela concordância comum das partes, mas dois atos unilaterais autônomos: a Administração expressaria a sua vontade e o particular manifestaria uma concordância autônoma. Outros sustentam que a figura do contrato administrativo apresenta uma natureza dúplice. Há uma parcela de cunho regulamentar, que é imposta unilateralmente pela Administração, e uma parcela de natureza contratual, resultante do acordo entre as partes. Enfim, há também os que aludem a contrato de adesão, reconhecendo a existência de um acordo de vontades, em que o particular se restringiria a concordar com a vontade imposta pela Administração. Não teria maior utilidade aprofundar o exame dessas várias teorias. O que cabe afirmar é que o contrato administrativo é um ato jurídico cuja produção exige a participação de pelo menos dois sujeitos, os quais concorrem para a determinação do conteúdo das normas contratuais. Não se nega a existência de uma manifestação de consenso entre sujeitos diversos, ainda que tal consenso não seja exatamente idêntico àquele encontrado no âmbito dos contratos tipicamente privados”.¹³

Portanto, o particular que aceita participar de licitações e contratações públicas nas quais esteja prevista a arbitragem, a ela deverá se sujeitar para a resolução de eventual conflito existente durante a execução do objeto pactuado, conforme os termos preestabelecidos.

Por fim, importa destacar que a convenção de cláusula arbitral compete à autoridade que possui poderes para fazer acordos e transações em nome da Entidade, o que deve ser verificado em face do seu Regimento Interno.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...*, p. 1073.