

Arbitragem em contratos públicos: o posicionamento do STJ no caso CEEE-RS vs. AES

Luciano Benetti Timm

Pós doutorado na Universidade de Berkeley, Califórnia, no Departamento de *Law, Economics and Business*. Doutor em Direito dos Negócios e da Integração Regional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *Master of Laws* (LLM) em Direito Econômico Internacional pela University of Warwick. Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul (IDERS). Presidente do Comitê de Legislação da Câmara Americana de Comércio (AMCHAM-RS). Professor Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Brasil).

Resumo: O artigo analisa *leading case* do STJ a respeito da arbitrabilidade de contratos públicos firmados pela Administração Pública indireta quando estes instrumentalizam interesses econômicos como a compra e venda de energia elétrica, ou seja, quando não há imediato e direto interesse coletivo em jogo. Finalmente traça-se uma análise das possíveis conseqüências de “segunda ordem” (externalidades no jargão econômico) dessa decisão no sentido de gerar estímulos a novos negócios entre setor público e setor privado.

Abstract: This paper aims at clarifying the leading case of the Brazilian Superior Court of Justice with respect to the arbitrability of agreements entered into by the government owned companies with private parties when only economic interests are at stake such as energy purchase agreement. Finally the paper tends to predict possible consequences (externalities) of that judgment to the market, creating incentives for new deals involving private parties and the Government.

PALAVRAS-CHAVE: arbitragem – contratos públicos – interesse primário – interesse secundário

KEY WORDS: arbitration – public interest – economic interest – government agreements

INTRODUÇÃO

No paradigmático julgamento do caso do Recurso Especial 606.345 proveniente do Estado do Rio Grande do Sul (RESP 606.345-RS) acima reproduzido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a validade da cláusula compromissória prevista em contrato público firmado entre uma sociedade de economia mista (a Companhia Estadual de Energia Elétrica do Estado do Rio Grande do Sul – CEEE/RS) e uma empresa privada (a AES URUGUAIANA EMPREENDIMENTOS LTDA - AES).

O contrato em que foi inserida a mencionada cláusula arbitral era um contrato de aquisição de “potência e energia elétrica” pelo qual a CEEE comprometia-se a vender referido bem móvel à AES.

Não há no relatório do referido acórdão do STJ (RESP 606.345-RS) um detalhamento dos fatos controvertidos, nem do andamento do processo na instância inferior.

Contudo, pesquisando o acórdão proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), o qual, ao que tudo indica (pois existem dois agravos idênticos sobre o mesmo tema envolvendo as mesmas partes com semelhantes argumentos), deu origem ao RESP 606.345-RS, percebe-se do relatório da Desembargadora que:

“AES URUGUAIANA EMPREENDIMENTOS LTDA. interpôs agravo de instrumento de decisão proferida em ação ordinária que lhe move a COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA – CEEE, que rejeitou preliminar argüida em contestação para extinção da ação originária e de ação cautelar dela dependente pela existência de “convenção de arbitragem” a afastar o interesse processual da autora, bem como preliminar de inépcia da inicial da cautelar por falta de prova.

Inconformada, a agravante afirmou a ausência de jurisdição estatal no caso concreto devido à existência da cláusula compromissória no contrato que enseja a pretensão da autora, ora agravada, *ex vi* do art. 3º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), sem ferimento à Constituição Federal, conforme tem entendido o STF. Colacionou jurisprudência e doutrina.

Alegou a validade da cláusula compromissória em comento porque prevista em edital de licitação e expressa no contrato dele resultante, firmado em 1997 e confirmado, em alterações posteriores, sob a égide da atual Administração. Ressaltou que a previsão de arbitragem foi de suma importância para a realização da licitação em caráter internacional, razão pela qual não pode agora ser rejeitada. Acrescentou que a agravada já compareceu perante a Câmara de Comércio Internacional indicando seu árbitro e formulando suas objeções preliminares à continuidade da arbitragem, o que representaria reconhecimento à jurisdição arbitral, implicando perda de condição da ação. Invocou o art. 173 da CF/88 para afirmar que as sociedades de economia mista equiparam-se às empresas privadas nos seus misteres negociais, não estando impedidas de serem

submetidas aos juízos arbitrais e sendo inaplicável na hipótese a Lei nº 8.666/93.”¹

No seu voto, a Desembargadora do TJ/RS concluiu que:

“a) Do Juízo Arbitral:

Em que pese os eruditos e alentados argumentos expedidos pela agravante, entendo não deva prosperar o presente recurso. A decisão objurgada rejeitou as preliminares argüidas pela ora agravante, nos termos antes transcritos.

Comungo do entendimento da nobre julgadora no sentido de que, pelo fato da CEEE haver firmado contrato no âmbito da qual se encontrava inserida cláusula compromissória, tal como previsto no art. 3º da Lei nº 9.307/96, não a inibe de, no caso concreto, optar pela jurisdição estatal: **a uma**, porque o art. 2º, § 4º, da Medida Provisória nº 29 de 07.02.2002 (que reestruturou o setor elétrico e autorizou a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE), confere às partes, mera faculdade na medida em que dispõe que as empresas públicas e sociedades de economia mista, tal como a CEEE, podem dirimir controvérsias decorrentes de comercialização de energia mediante processo arbitral; **a duas**, nenhuma Lei (no caso Lei nº 9.307/96), Medida Provisória ou contrato poderá sobrepor-se ao disposto no art. 5º da Constituição Federal, que dispõe, *verbis*:

“XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Destarte, *data vênia*, entendo estar equivocada a assertiva sustentada pela agravante no sentido de ser a Justiça estatal não só incompetente como também deva ser afastada da apreciação e julgamento das demandas existentes entre ela e a agravada, em razão de cláusula compromissória.”

Ademais, a Desembargadora relatora no seu voto, confirmou a decisão interlocutória de primeiro grau que afirmou:

“A CEEE é empresa prestadora de serviço público essencial, consistente na produção e distribuição de energia elétrica, sociedade de economia mista do Estado do Rio Grande do Sul. Como tal, não pode, sem a competente autorização do legislativo estadual, abrir mão do devido processo legal para dirimir eventuais conflitos concernentes ao serviço público por ela prestado”

Portanto, segundo a *ratio decidendi* do voto da relatora, o TJ/RS não teria reconhecido a cláusula compromissória firmada entre CEEE/RS e AES por dois

¹ Vide agravo de instrumento nº 70004535662 proveniente da Segunda Câmara Cível do TJ/RS, acórdão disponível no sítio www.tj.rs.gov.br.

motivos fundamentais: a) que a cláusula não excluiria a apreciação do Poder Judiciário do litígio entre as partes; b) que uma sociedade de economia mista que presta serviço público como a CEEE não poderia optar pela via arbitral sem autorização legislativa.

Entretanto, em uma análise mais acurada do acórdão do TJ/RS perceberá que a fundamentação do voto da Desembargadora revisora tem um argumento mais sofisticado e por isso não reconheceu a validade da cláusula, senão vejamos:

Discute-se, no presente recurso, o direito de a Agravada recorrer ao Poder Judiciário para dirimir conflitos decorrentes do contrato celebrado com a Agravante. Tudo porque convencionada cláusula contratual de seguinte teor:

“Os casos omissos ou duvidosos oriundos da execução deste contrato entre a contratada e qualquer das companhias distribuidoras **serão dirimidos de comum acordo** entre as partes em disputa, no menor prazo possível. Persistindo as divergências, **poderá ser requerido** a formação de um Juízo Arbitral, que deverá ser conduzido segundo as regras procedimentais da Câmara de Comércio Internacional, observando-se ainda o que segue...”

Cabe, então, determinar a natureza desta cláusula. Vale dizer, cumpre saber se as partes elegeram, de antemão, o juízo arbitral para solução dos conflitos derivados do contrato, renunciando a garantia do acesso ao Poder Judiciário ou se apenas estabeleceram a possibilidade de solução dos litígios, também, pela via do juízo arbitral. Em outras palavras, se se trata de cláusula de que apenas prevê o juízo arbitral como um dos instrumentos de solução dos litígios ou se este já foi escolhido como o único.

Cuida-se, portanto, de questão que envolve interpretação de cláusula contratual. Segundo se lê da cláusula, os casos omissos e duvidosos serão dirimidos de comum acordo e, persistindo as divergências, poderá ser requerida a formação de juízo arbitral. Versa, então, a referida cláusula da solução de omissões e de dúvidas por meio de comum acordo. Em primeiro lugar, por meio da autotutela e em segundo lugar pela heterotutela não estatal. Quer dizer, também para esta forma de solução dos litígios é requerida o comum acordo. Se as partes não concordaram com a solução do litígio pelo juízo arbitral, este não poderá ter lugar. Assim, o recurso ao juízo arbitral depende, segundo a cláusula, de consenso das partes. Em não havendo, podem valer-se da garantia constitucional do acesso ao Poder Judiciário. Tanto é assim que a cláusula empregou a expressão **poderá**, que destaca apenas a possibilidade de as partes recorrerem para dirimir os conflitos a um juízo arbitral. Não tem lugar, portanto, a aplicação da referida cláusula em caso de discordância de qualquer das partes o que importa dizer que não foi eleito o juízo arbitral como a única forma de solução dos litígios. A instauração do juízo arbitral, portanto, só poderá ter lugar se

ambos os contratantes concordarem, não podendo ser imposto apenas por uma das partes.”

Portanto, percebe-se que a Desembargadora revisora apenas não emprestou plena validade à cláusula compromissória porque, interpretando o texto da cláusula redigida pelas partes – que fazia alusão à expressão poder –, concluiu que a solução arbitral era apenas uma alternativa aberta às partes, sem renúncia expressa ao Poder Judiciário.

E este argumento não foi enfrentado pelo STJ no julgamento do RESP 606.345-RS que, como não poderia deixar de ser – já que existe súmula impedindo o conhecimento da via especial para interpretação de cláusula contratual – restringiu-se a enfrentar os dois principais argumentos jurídicos adotados no acórdão do TJRS vergastado nos autos. Desse modo, dois foram os argumentos adotados neste acórdão do STJ em comento: A) eficácia da cláusula compromissória; B) validade da cláusula compromissória firmada por sociedade de economia mista. Como argumento adicional (*ad argumentandum tantum*) acabou o STJ por recorrer a uma fundamentação consequencialista típica da análise econômica do Direito (C).

A) QUANTO À EFICÁCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Seguindo o texto da Lei 9307/96 e a melhor doutrina, concluiu o STJ sobre a plena eficácia da cláusula compromissória, a qual “afasta, obrigatoriamente, a solução judicial do litígio, e, conseqüentemente, dando ensejo à extinção do processo sem exame de mérito...”.

Trata-se da já sabidas eficácias negativa e positiva da cláusula arbitral, a qual, em primeiro lugar, retira do Poder Judiciário a competência para processar e julgar o litígio eventualmente surgido entre as partes que tenha emergido ou se conectado com

o contrato entabulado entre elas; e que, em segundo lugar transfere ao árbitro a competência para julgar a sua competência (*kompetenz-kompetenz*).²

Por este motivo, o STJ reformou o acórdão do TJ/RS que entendia ser a cláusula compromissória mera “faculdade das partes”.

Foi ainda expresso o STJ no sentido de ter a arbitragem uma natureza, além de contratual, também jurisdicional. Por isso, absolutamente equivocada o TJ/RS, pelo menos de acordo com voto da relatora, em insistir no “monopólio da jurisdição pelo Estado”. Isso é teoria processual italiana do século passado.

B) VALIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA FIRMADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

O STJ aproveita o ensejo para esclarecer da possibilidade de uma sociedade de economia mista em firmar contratos com cláusula arbitral, quando o interesse em jogo seja “secundário”, ou seja, quando não haja diretamente um interesse social a ser atendido por serviço público.

Nos dizeres do STJ, quando uma sociedade de economia mista atua “sob o regime de direito privado e celebrando contratos situados nesta seara jurídica (disse o relator do Recurso), não parece haver dúvida quanto à validade da cláusula compromissória por ela convencionada.”

Por outro lado, estabeleceu o STJ que “quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública, e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não sujeitos à arbitragem”.

² Cf. PITOMBO, Eleonora Coelho e TIMM, Luciano Benetti. “Arbitragem: instrumento para garantia da aplicação do *pacta sunt servanda* em detrimento dos amplos poderes conferidos aos juízes togados pelo Novo Código Civil?” *In Direito de Empresa e Contratos*. 2ª ed. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: THOMSON/IOB, 2006, p. 263.

O STJ acabou adotando a já célebre distinção de Eros Grau³ entre atividade econômica em sentido amplo e em sentido estrito. A atividade econômica em sentido amplo abarca a prestação de serviços públicos, nos quais há um interesse social em jogo porque do serviço depende a coesão social – e por isso, o Estado atua em seu espaço natural, sendo a lógica a do Direito Público; já na atividade econômica em sentido estrito, que ocorre quando o Estado define intervir no mercado (o que se dá apenas em caráter excepcional, quando presentes interesse coletivo ou segurança nacional, conforme os ditames do art. 173 da Constituição Federal), a lógica é típica de mercado e, portanto, do Direito Privado.

Portanto, quando o Estado decide intervir no mercado, dentro do regime capitalista pelo qual optou o constituinte, atuando em área que não é naturalmente sua, mas tipicamente pertencente à iniciativa privada, ele deve se adequar à lógica do Direito Privado e competir em igualdade de condições, despindo-se do seu poder de império, já que não representante de um interesse social.

Nessa esteira, conclui corretamente o STJ que “na espécie dos autos, já de se destacar o caráter comercial do objeto submetido à arbitragem.”

É verdade que existe certa confusão no acórdão entre sociedade de economia mista, empresa pública e entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito (intervenção no mercado), mas isso não acontece na jurisprudência (e mesmo na doutrina apenas neste acórdão) e também não chega a prejudicar a compreensão de que, segundo o STJ, quando o Estado criar uma sociedade de economia mista e/ou uma empresa pública e esta se envolver em atividade que não seja tipicamente de serviço público prestado à sociedade e que verse de litígios daí derivados, pode-se recorrer à via arbitral.

Portanto, o STJ, sem ficar preso a classificações acadêmicas restritivas, teve a inteligência prática de perceber que, por vezes, mesmo uma sociedade de economia mista prestadora de um serviço público para a coletividade (como energia elétrica) e nessa condição atuar como representante do império do Estado em benefício coletivo,

³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 1991.

pode, em outras ocasiões celebrar contratos como agente econômico privado, aí despendo-se de prerrogativas para tornar-se igual aos demais integrantes do mercado.

C) A DECISÃO DO STJ À LUZ DO *LAW AND ECONOMICS*

Intuitivamente, o STJ aproximou-se do método empregado pela escola do *Law and Economics*, que hoje é uma das ferramentas de análise de leis e acórdãos mais em voga nos Estados Unidos da América (EUA).

Isso porque ele pondera em sua decisão, as conseqüências dela para os agentes econômicos em um ambiente globalizado e der mercado.

Com efeito, menciona o STJ:

“Note-se que, em se tratando a energia elétrica de *commodity* de tamanha importância para o País, sobretudo a partir da desregulamentação do setor promovida a partir dos anos 90, cumpre assegurar às empresas que se dedicam a sua comercialização e o seu fornecimento, sejam elas privadas ou estatais, mecanismos ágeis, seguros e eficientes na gestão desses negócios, que possam, efetivamente, contribuir para o aprimoramento desses serviços, com reflexos positivos para o consumidor. Nesse contexto, não resta dúvida de que, sob o ponto de vista jurídico, a cláusula compromissória constitui um desses mecanismos”.

Por que se fala em análise econômica do Direito?

Porque a análise econômica prega que os efeitos de uma determinada decisão sejam ponderadas pelo julgador. Assim, como o mercado se estrutura sobre expectativas dos agentes econômicos, as decisões judiciais acabam funcionando como “preços”, estabelecendo “efeitos de segunda ordem” os quais podem aumentar sobremaneira os custos de negociar e de fazer cumprir contratos (“custos de transação” no jargão econômico) pelo fato de gerarem “externalidades negativas” ou “positivas” (ou seja, efeitos prejudiciais ou benéficos para terceiros).⁴

⁴ COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

Sabe-se, pela literatura de *Law and Economics*⁵, que os custos de transação tendem a aumentar com um Poder Judiciário lento, burocrático e imprevisível.

A arbitragem tende a diminuir os custos de transação porque tende a ser um mecanismo mais ágil e mais especializado na solução de conflitos.

Diante de um procedimento mais eficiente e mais técnico, as partes tendem a não buscar o litígio para “ganhar tempo” e fugir do cumprimento do contrato – até porque um procedimento arbitral tende a ser mais custoso se comparado à jurisdição estatal. Ao passo que um Poder Judiciário lento e ineficiente tende a criar incentivos para comportamentos oportunistas das partes, que buscam a justiça no mais das vezes (segundo levantamento de Armando Castelar Pinheiro⁶) para descumprir contratos.

No Brasil, este comportamento oportunista é empregado muitas vezes pelo Estado, que firma contratos e depois busca a justiça estatal para obter tratamento favorecido em função de um maior grau de politização do Poder Judiciário – segundo a mesma pesquisa citada de PINHEIRO. Esse comportamento do Estado tende a interferir negativamente em investimentos que o setor privado venha a fazer junto ao Poder Público, caso os contratos não sejam mantidos (veja-se que as PPP’s admitem legalmente a solução arbitral, como os contratos de concessão também)⁷.

Por isso, acertadamente, decidiu o STJ reconhecer e validar a cláusula arbitral, gerando estímulo a novas contratações de agentes econômicos privados com o Poder Público e ciente de que pela diminuição dos custos de transação, isso pode trazer benefícios coletivos.

CONCLUSÃO

⁵ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Law & Economics**. Boston: Addison Wesley, 2003

⁶ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In TIMM, Luciano (Org.) **Direito e economia**”. São Paulo, Thomson/IOB, 2005, p. 248.

⁷ Ver TIMM, Luciano e Castro, José Augusto Dias de (org.). “Estudos sobre as Parcerias Público Privadas”. São Paulo: THOMSON/IOB, 2006.

A posição do STJ tem sido francamente favorável à arbitragem, inclusive em contratos envolvendo a administração pública indireta, quando esta participa de uma atividade econômica não representando interesse público direto da sociedade civil. Nessas situações, não há direitos indisponíveis e o negócio jurídico é passível de sujeição à arbitragem.

Foi essa a *ratio decidendi* do caso em comento que envolveu um contrato firmado entre a Companhia de Energia Elétrica gaúcha (CEEE) e a empresa privada AESSul no tocante à fornecimento de energia. Ao contrário da posição firmada pelo STJ, entendia o TJRS que o contrato em questão envolvia interesse público direto e portanto não sendo um litígio arbitrável.

A consequência desse julgado será a de gerar estímulos a novos negócios entre iniciativa privada e o Poder Público, ainda que se anteveja a resistência dos tribunais inferiores de apelação a seguir esse entendimento, sobretudo do TJRS, o que tende a encarecer o custo do litígio ao investidor (ao exigir que a parte leve seu caso até os Tribunais Superiores, para ver consagrado entendimento já exposto em julgamentos anteriores).