

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 11.308 - DF (2005/0212763-0)

RELATOR : **MINISTRO LUIZ FUX**
IMPETRANTE : TMC TERMINAL MULTIMODAL DE COROA GRANDE SPE S/A
ADVOGADO : ALESSANDER LOPES PINTO E OUTRO(S)
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.

1. A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93.

2. A decisão judicial que confere eficácia à cláusula compromissória e julga extinto o processo pelo "compromisso arbitral", se desrespeitada pela edição de Portaria que eclipsa a medida afastada pelo ato jurisdicional, caracteriza a figura do "atentado" (art. 880 do CPC).

3. *O atentado, como manifestação consistente na alteração do estado fático da lide influente para o desate da causa, pode ocorrer em qualquer processo. Impõe-se, contudo, esclarecer que, quando a ação é proposta, as partes não se imobilizam em relação ao bem sobre o qual gravita a lide. Nesse sentido, não se vislumbra na fruição normal da coisa ou na continuação de atos anteriores à lide (qui continuat non attentat). Assim, v.g., 'em ação de usucapião, como posse justificada, o usucapiante pode construir no imóvel; ao revés, há inovação no estado de fato e portanto comete atentado o réu que em ação reivindicatória procura valorizar o imóvel erigindo benfeitorias úteis no bem, ou o demandado que violando liminar deferida aumenta em extensão a sua infringência à posse alheia. De toda sorte, é imperioso assentar-se que só há atentado quando a inovação é prejudicial à apuração da verdade. O atentado pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive, após a condenação e na relação de execução.* (Luiz Fux, in, Curso de Direito Processual Civil, 3ª edição, Editora Forense, páginas 1637/1638)

4. Mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, ante a publicação da Portaria Ministerial nº 782, publicada no dia 07 de dezembro de 2005, que ratificou os termos da rescisão contratual procedida pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A - NUCLEP, em 14 de junho de 2004, Ato Administrativo nº 01/2005, de 05 de setembro de 2005, do contrato administrativo de arrendamento C-291/AB -001, celebrado em 16 de dezembro de 1997, com a empresa TMC, terminal Multimodal de Coroa Grande S/A e autorizou tanto a assunção imediata pela NUCLEP, do objeto do contrato de arrendamento C-291/AB 001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. I da Lei 8.666/93, como a ocupação e

utilização do local, instalações, necessárias à continuidade do objeto do contrato de arrendamento C-291-001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. II e § 3º, da Lei nº 8.666/93, em afronta às cláusulas 21.1 e 21.2, do Contrato de Arrendamento para Administração, Exploração e Operação do Terminal Portuário e de Área Retroportuária (Complexo Portuário), lavrado em 16/12/1997 (fls.31/42), de seguinte teor:

“Cláusula 21.1 – Para dirimir as controvérsias resultantes deste Contrato e que não tenham podido ser resolvidas por negociações amigáveis, fica eleito o foro da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, em detrimento de outro qualquer, por mais privilegiado que seja.

Cláusula 21.2 - Antes de ingressar em juízo, as partes recorrerão ao processo de arbitragem previsto na Lei 9.307, de 23.09.06.

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

6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, *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.

*Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como '**caso Lage**', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos.*

A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min, Amaral Santos.

***Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público.**" (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, esclarece às páginas 398/399).*

7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada.

8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica

entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.

9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

12. As sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inoportunidade de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.

13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, *verbis*: (...) ***Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça.*** (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418).

14. A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais

do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais". (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: *SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 - "Caso Lage". Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrighi, DJ 18.08.1999.)*

15. A aplicação da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC à matéria *sub judice*, afasta a jurisdição estatal, *in casu* em obediência ao princípio do juiz natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988).

16. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem. (Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003)

17. Destarte, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, porquanto terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.

18. Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência.

19. Consequentemente, o *fumus boni iuris* assenta-se não apenas na cláusula compromissória, como também em decisão judicial que não pode ser infirmada por Portaria ulterior, porquanto a isso corresponderia verdadeiro "atentado" (art. 879 e ss. do CPC) em face da sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro.

20. A título de argumento *obiter dictum* pretendesse a parte afastar a cláusula compromissória, cumprir-lhe-ia anular o contrato ao invés de sobrejulgá-lo por portaria ilegal.

21. Por fim, conclui com acerto Ministério Público, *verbis*:

"In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante.

A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis." (fls. 472/473)

22. *Ex positis*, concedo a segurança, para confirmar o teor da liminar

Superior Tribunal de Justiça

dantes deferida, em que se determinava a conservação do *statu quo ante*, face a sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, porquanto o presente litígio deverá ser conhecido e solucionado por juízo arbitral competente, eleito pelas partes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), José Delgado, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 09 de abril de 2008(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX
Relator



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2005/0212763-0

MS 11308 / DF

Número Origem: 20040110791147

PAUTA: 27/02/2008

JULGADO: 27/02/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. **Carolina Vêras**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TMC TERMINAL MULTIMODAL DE COROA GRANDE SPE S/A

ADVOGADO : ALESSANDER LOPES PINTO E OUTRO(S)

IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA

ASSUNTO: Administrativo - Contrato

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia **PRIMEIRA SEÇÃO**, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Retirado de Pauta por indicação do Sr. Ministro Relator."

Brasília, 27 de fevereiro de 2008

Carolina Vêras
Secretária

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 11.308 - DF (2005/0212763-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado pela empresa TMC - TERMINAL MULTIMODAL DE COROA GRANDE -SPE - S/A, contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, em razão da Portaria Ministerial nº 782, publicada no dia 07 de dezembro de 2005, que anuiu com a rescisão contratual procedida pela empresa NUCLEBRÁS EQUIPAMENTOS PESADOS S/A - NUCLEP, com a ora impetrante, nos seguintes termos:

"Portaria nº 235, de 7 de dezembro de 2005

O Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, no uso de suas atribuições, considerando o constante processo nº 01200.006848/2005-02, e com base no disposto no art. 80, incisos I e II e §3º, da Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inc, XXI, da Constituição Federal, resolve:

Art. 1º Ratificar os termos da rescisão contratual procedida pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A - NUCLEP, em 14 de junho de 2004, Ato Administrativo nº 01/2005, de 05 de setembro de 2005, do contrato administrativo de arrendamento C-291/AB -001, celebrado em 16 de dezembro de 1997, com a empresa TMC, terminal Multimodal de Coroa Grande S/A.

Art. 2º - Autorizar a assunção imediata pela NUCLEP, do objeto do contrato de arrendamento C-291/AB 001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. I da Lei 8.666/93.

Art. 3º - Autorizar a ocupação e utilização do local, instalações, necessárias à continuidade do objeto do contrato de arrendamento C-291-001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. II e § 3º, da Lei nº 8.666/93.

*Art. 4º - Esta Portaria entra em vigor na data da sua publicação."
(fls.44)*

A impetrante alega, em síntese, que firmou contrato particular com a NUCLEP, sociedade de economia mista permissionária da exploração do Terminal de Uso Privativo, localizado fora do Porto organizado, no local denominado Saco da Coroa Grande, na Baía de Sepetiba, em Itaguaí, no Estado do Rio de Janeiro, para administrar, explorar e operar o terminal portuário e a área retroportuária, de acordo com a autorização do Ministro dos Transportes, ocorrida em 06/08/97 e publicada em 08.08.97, conforme exigia a cláusula 5.1 do citado contrato.

Aduz a empresa impetrante a incompetência da autoridade coatora para rescindir o citado contrato, bem como a violação de cláusula contratual que estipula a apuração dos haveres para aquilatar os créditos remanescentes em caso de distrato.

Sustenta ainda que:

Superior Tribunal de Justiça

"Sem maiores esforços, se verifica que questões vinculadas ao contrato firmado entre a NUCLEP e a Impetrante, há de ser resolvida com a interferência exclusiva do Ministério dos Transportes, órgão concedente para a exploração do sistema portuário, tanto que firmou o compromisso com a NUCLEP e, ao repassar esta a exploração do porto e arrendamento da área respectiva, contou com a aprovação do Exmo. Sr, Ministro dos Transportes.

Todavia, sem ter qualquer vinculação com o contrato em andamento, a Autoridade Impetrada, emitiu a Portaria nº 782, de 07 de dezembro de 2005, publicada no DOU, Seção 1, pág. 4 de 08.12.2005 (doc. III), resolve, arbitrária e ilegalmente, ratificar a rescisão unilateral vigente entre a Impetrante e a NUCLEP, e, ainda mais gravemente, extrapolando os limites de sua competência, autorizar a assunção imediata pela NUCLEP, do objeto do contrato, e, ainda, autorizar a ocupação e utilização imediata do local, instalações, necessários à continuidade do objeto do contrato de arrendamento.

Além de não ter competência absoluta para decidir sobre o objeto do contrato existente entre a Impetrante e a Nuclep, ainda extrapolou os limites do bom senso, ao tentar dar validade a uma rescisão de contrato de todo arbitrária promovida unilateralmente pela Nuclep, sem obediência às cláusulas contratuais, principalmente, as de nº 18.2, que diz que 'em qualquer circunstância, a formalização do distrato será antecedida de Apuração de Haveres, durante o que as partes contabilizarão seus créditos e débitos...' e, ainda, a cláusula 21.1 que determina que, 'antes de ingressar em juízo, as partes recorrerão ao processo de arbitragem previsto na Lei 9.307, de 23.09.96'.

Notícia a impetrante que a NUCLEP ajuizou ação, julgada extinta pelo juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, sem julgamento do mérito, ante a inobservância da exigência contratual de utilização da arbitragem, a fim de efetivar cobrança de "suposto débito" e o deferimento da "reintegração de posse na área arrendada e na administração do Terminal".

Ao final, requereu a expedição de liminar a fim de que não se observem os ditames da malsinada Portaria, suspendendo-se imediatamente os seus efeitos, porquanto manifestamente arbitrária, bem como em função dos "enormes e incalculáveis prejuízos", de difícil reparação que serão causados à impetrante.

Concluiu a exordial pedindo a concessão da ordem "para cassar os efeitos da mencionada portaria ministerial face ao flagrante arbítrio nela contido revelador do abuso de poder a justificar o presente Mandado de Segurança, arbítrio e abuso de poder que se manifesta

Superior Tribunal de Justiça

pela incompetência da **autoridade impetrada** para emití-la, pela ofensa à decisão judicial proferida pela Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito da 42ª Vara Cível do Estado do Rio de Janeiro, e por ferir direito líquido e certo da Impetrante com relação à posse mansa e pacífica que exerce sobre o Terminal Portuário em referência, por força do contrato existente com a chancela do Ministério dos Transportes, único a regular os contratos de uso de área portuária e Terminais de carga e descarga dos portos." (fls. 04)

Determinei, por cautela, preliminarmente ao exame do pedido liminar, a manutenção do *statu quo ante*, nos termos de decisão judicial antecedente e a intimação da dita autoridade apontada como coatora para, querendo, apresentar informações, as quais foram apresentadas tempestivamente, às fls. 78/87.

Destaca-se das informações os seguintes excertos:

"Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de Liminar, do pela TMC - TERMINAL MUL TIMODAL DE COROA GRANDE - SPE contra Ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia em razão da edição da Portaria Ministerial nº 782, publicada no dia 08.12.2005, que anuiu com a rescisão contratual procedida pela empresa NUCLEBRAS EQUIPAMENTOS PESADOS S/A . NUCLEP.

1. A NUCLEBRAS S. A. não está mais vinculada à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. conforme afirma a Impetrante no item nº 1 de sua Exordial:

A NUCLEBRÁS EQUIPAMENTOS PESADOS S/A NUCLEP é uma sociedade de economia mista, regida pela Lei das Sociedades Anônimas, pelo Decreto nº 76.805/75 (Decreto de Criação), por seus estatutos e dispositivos legais aplicáveis.

O controle acionário da NUCLEP pertence à União, por intermédio da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN, que por sua vez está vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia. O capital social da NUCLEP S. A. está restrito às ações ordinárias, todas em poder da União - 99,99% (noventa e nove vírgula noventa e nove por cento) com a CNEN e 0,01% (zero vírgula zero um) com o Conselho de Administração.

2. O contrato firmado entre a NUCLEBRAS S. A. e a Impetrante é particular, mas rege-se pelos normativos de Direito Público, distinto do que o Impetrante afirma em sua Exordial. no item nº 2 :

Trata-se de um típico contrato administrativo, derivado de processo licitatório, por concorrência pública, convocada especificamente para este fim pela NUCLEP S. A., na qualidade de Autoridade

Superior Tribunal de Justiça

Portuária, e subordina-se, para todos os fins de direito, expressa e tão somente à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, conforme qualificação disposta no contrato C-291/AB-001.

A cláusula 5.1 do referido contrato aduz única e exclusivamente aos fundamentos e à autorização específica, através de Ato Administrativo unilateral, que a União conferiu à NUCLEP para a exploração do Terminal.

3. As questões vinculadas ao contrato firmado entre a NUCLEP e a Impetrante nunca foram nem hão de ser resolvidas com a interferência do Ministério dos Transportes como levemente afirma a Impetrante no item nº 3 da Exordial:

O contrato em litígio foi firmado exclusivamente entre a NUCLEP e a Impetrante e todas as questões a ele vinculadas já tiveram qualquer ingerência do Ministério dos Transportes.

Cabe ressaltar que o referido contrato teve não um., mas cinco aditivos e todos eles foram realizados tão somente sob a tutela de seu controlador, o acionista majoritário, qual seja a CNEN, vinculada diretamente ao Ministério da Ciência e Tecnologia.

A autorização do Ministério dos Transportes serviu unicamente para permitir a realização da licitação, por conta de controvérsia levantada à época relativa ao âmbito do Termo de Adesão firmado pela União com a NUCLEP; se daria ou não o direito à NUCLEP passar a um terceiro a administração do porto por se tratar de autorização (ato administrativo unilateral e personalíssimo); mas não para interferir na relação contratual decorrente do procedimento licitatório.

A partir da assinatura do já referido contrato não há e não poderia haver qualquer registro de interferência por parte do Ministério dos Transportes nessa relação contratual, pois não seria de sua competência, haja vista que o poder/dever de controle 'in casu' é e sempre foi exercido pela CNEN/MCT. em razão de inquestionável hierarquia a que se deve submeter a NUCLEP. fundada no ordenamento jurídico pátrio. a saber:

(...)

4. A rescisão unilateral do contrato promovida pela NUCLEP e ratificada pela Portaria no782. de 07 de dezembro de 2005. publicada no D.a.U.. em 08-12-05 é não somente legítima quanto válida em sua plenitude. diverso do que aduz a Impetrante no item nº 4 do Mandamus:

Superior Tribunal de Justiça

A promoção da rescisão unilateral do contrato com a Impetrante deveu-se a uma série de graves irregularidades cometidas ao longo do tempo, a saber:

a) Inadimplência contumaz - a Impetrante jamais honrou com suas obrigações de pagamento do avençado, tendo o contrato sido aditado por 05 (cinco) vezes. Em todos os aditivos o objeto era a repactuação da dívida, nunca respeitada.

b) A questão da dívida gerada pelo inadimplemento do contrato já alcançou a casa dos R\$ 26.622.337,11 (vinte e seis milhões seiscientos e vinte e dois mil, trezentos e trinta e sete reais e onze centavos) e a perspectiva de seu recebimento é cada vez mais reduzida. Isso levou a que o Tribunal de Contas da União através do Acórdão n°1.462/2005 ao apreciar o processo de Monitoramento referente ao Acórdão 79/2004 - 1ª Câmara, deliberasse por acatar as justificativas da NUCLEP por não registrar essa essa pelo regime de competência, pois implicaria em pagamento de despesas, inclusive dos impostos correspondentes, com impacto negativo e substancial na liquidez da NUCLEP .(DOC ANEXO).

c) A Impetrante apresentou apólices de seguro-garantia para o contrato de Seguradora sob regime de administração especial pela SUSEP e que à época estava desautorizada a emitir apólices. O que deu ensejo ao inquérito criminal n° 139/2005 em curso junto à 50ª Delegacia Policial de Itaguaí, no Rio de Janeiro.

d) Além de estar inadimplente, a Impetrante, unilateralmente e em flagrante violação aos dispositivos contratuais, cedeu parte da área a uma empresa (HIRU), pelo prazo de cinco anos, por R\$ 750.000,00, por mês. E ainda assim, seguiu inadimplindo sistematicamente (DOC ANEXO).

e) Como se não bastasse a sucessão de irregularidades acima elencadas, a Impetrante jamais realizou as obras no porto que deveria fazer por força de obrigação contratual, como também deixou as instalações do Terminal e do canal de acesso no mais completo abandono. Isto levou a que a Capitania dos Portos do Rio de Janeiro emitisse a Portaria n° 90/CPRJ, de 10 de novembro de 2005, promovendo a interdição da utilização do canal de acesso, bem como à bacia de evolução. (DOC ANEXO).

(...)

5. A NUCLEP atendeu a todos os requisitos formais necessários à

Superior Tribunal de Justiça

promoção da rescisão unilateral do contrato administrativo, dispostos na Lei 8.666/93. inexistindo qualquer pretensão arbitrariedade como registrado no item nº 5 da Exordial. senão vejamos:

*Após contatos e diversas tentativas infrutíferas de solucionar a questão, pois a empresa TMC limitou-se a solicitar a dilação dos prazos para pagamento, a direção da NUCLEP tomou as iniciativas administrativas cabíveis através de diversas **Notificações Extrajudiciais, através das quais, em junho de 2004, deu ciência à Impetrante da rescisão unilateral do contrato e da constituição da Comissão de Tomada de Contas para a Apurações de Haveres, nomeando seus representantes e oferecendo à Impetrante a designação de seus representantes para integrar a Comissão, para o início dos trabalhos da mesma e publicou o Ato Administrativo nº 01/2005 relativo à matéria. A Impetrante recusou-se a fornecer seus nomes e obteve terminantemente o acesso dos representantes da NUCLEP ao Terminal (DOCS. ANEXOS).***

Vale apontar que, conforme preceitua a melhor doutrina "a rescisão unilateral produz seus efeitos jurídicos desde logo vez que aplica-se o princípio da auto-executoriedade dos atos administrativos. Logo, o particular fica sujeito, desde imediato, às decorrências da extinção do contrato(...) ocasião em que a Administração tem a faculdade de assumir a posse do "objeto do contrato. (...) Além de apossar-se do objeto do contrato, a Administração pode (deve) dar seguimento ao serviço ou à atuação, utilizando-se das instalações, equipamentos, material e pessoal (...) face ao princípio da continuidade dos serviços públicos", I.

No entanto, face à resistência da Impetrante e frustradas as possibilidades administrativas para a solução da questão, impõe-se esclarecer que já por duas vezes - afora as tentativas amigáveis - tentou a NUCLEP reaver judicialmente a posse do Terminal, não tendo, todavia, obtido sucesso, posto existir no contrato de arrendamento uma cláusula compromissória de arbitragem, na qual arremou-se o judiciário para indeferir os pleitos, embora seja a validade de tal cláusula absolutamente questionável, posto referir-se a negócio jurídico cujo objeto é um porto, bem público da União, e, portanto, indisponível, enquanto a Lei nº 9.307/96, que regula a arbitragem, só admite "para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis" (Art. 1º)."

A liminar restou deferida às fls. 134/159.

Inconformada com a concessão do provimento liminar, a União, interpôs agravo regimental, sustentando a impossibilidade de sociedade de economia mista estabelecer cláusula

arbitral em contrato administrativo de arrendamento, tendo em vista que, *in casu*, a arbitragem viola o interesse público, máxime quando ofende o patrimônio público. Aduziu ainda que a previsão de cláusula arbitral não impediria o gozo das prerrogativas da Administração Pública decorrentes do princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, dentre as quais destaca-se a rescisão unilateral do contrato administrativo, característica peculiar ao regime contratual imposto ao arrendamento de instalação portuária, afirmando que "o fato de ser possível utilizar um procedimento arbitral não significa que não possa usar das prerrogativas que lhe assegura a Lei 8.666/93."

O agravo regimental restou desprovido pela Primeira Seção deste STJ (fls. 386/414).

Irresignada, a União opôs embargos declaratórios, reiterando os argumentos dantes expendidos no agravo regimental, acrescendo, contudo, a alegação de omissão desta Corte no que pertine à manifestação acerca dos princípios e normas constantes dos artigos 21, 37, *caput*, XIX, 173, § 1º, II, 175 e 178 da Constituição Federal, para fins de prequestionamento. Sustentou, que a NUCLEP - sociedade de economia mista - presta serviços públicos, e por isso, deve se submeter à regime jurídico de direito público, sob pena de ofender o artigo 173, §1º da Constituição Federal. Conclui que "*essa empresa só poderia se submeter a regime jurídico de direito privado se intervir na economia. Assim, como a arbitragem é instituto privado não pode ser aplicado a esta sociedade de economia mista.*"

Os embargos declaratórios restaram rejeitados pela Primeira Seção, nos termos da ementa que ora se transcreve, *in verbis*:

OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. (ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO).

1. Inocorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, não há como prosperar o inconformismo, cujo real objetivo é a pretensão de reformar o decisum, o que é inviável de ser revisado em sede de embargos de declaração, dentro dos estreitos limites previstos no artigo 535 do CPC.

2. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

Superior Tribunal de Justiça

3. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ. (Precedentes jurisprudenciais desta Corte: **RESP 610365/RS**, desta relatoria, DJ de 27.08.2004; **REsp 505729/RS**, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 23.06.2003; **REsp 190686/PR**, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 23.06.2003)

4. Embargos de declaração rejeitados. (fls. 455)

Instado a se manifestar, o Parquet Federal **opinou pela concessão da ordem**, nos termos sintetizados na seguinte fundamentação, *verbis*:

"In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante.

A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis." (fls. 472/473) (grifou-se)

É o Relatório.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 11.308 - DF (2005/0212763-0)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.

1. A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93.

2. A decisão judicial que confere eficácia à cláusula compromissória e julga extinto o processo pelo "compromisso arbitral", se desrespeitada pela edição de Portaria que eclipsa a medida afastada pelo ato jurisdicional, caracteriza a figura do "atentado" (art. 880 do CPC).

3. *O atentado, como manifestação consistente na alteração do estado fático da lide influente para o desate da causa, pode ocorrer em qualquer processo. Impõe-se, contudo, esclarecer que, quando a ação é proposta, as partes não se imobilizam em relação ao bem sobre o qual gravita a lide. Nesse sentido, não se vislumbra na fruição normal da coisa ou na continuação de atos anteriores à lide (qui continuat non attentan). Assim, v.g., 'em ação de usucapião, como posse justificada, o usucapiante pode construir no imóvel; ao revés, há inovação no estado de fato e portanto comete atentado o réu que em ação reivindicatória procura valorizar o imóvel erigindo benfeitorias úteis ao bem, ou o demandado que violando liminar deferida aumenta em extensão a sua infringência à posse alheia. De toda sorte, é imperioso assentar-se que só há atentado quando a inovação é prejudicial à apuração da verdade. O atentado pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive, após a condenação e na relação de execução.* (Luiz Fux, in, Curso de Direito Processual Civil, 3ª edição, Editora Forense, páginas 1637/1638)

4. Mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, ante a publicação da Portaria Ministerial nº 782, publicada no dia 07 de dezembro de 2005, que ratificou os termos da rescisão contratual procedida pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A - NUCLEP, em 14 de junho de 2004, Ato Administrativo nº 01/2005, de 05 de setembro de 2005, do contrato administrativo de arrendamento C-291/AB -001, celebrado em 16 de dezembro de 1997, com a empresa TMC, terminal Multimodal de Coroa Grande S/A e autorizou tanto a assunção imediata pela NUCLEP, do objeto do contrato de arrendamento C-291/AB 001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. I da Lei 8.666/93, como a ocupação e utilização do local, instalações, necessárias à continuidade do objeto do contrato de arrendamento C-291-001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. II e § 3º, da Lei nº 8.666/93, em afronta às cláusulas 21.1 e 21.2, do Contrato de

Superior Tribunal de Justiça

Arrendamento para Administração, Exploração e Operação do Terminal Portuário e de Área Retroportuária (Complexo Portuário), lavrado em 16/12/1997 (fls.31/42), de seguinte teor:

“Cláusula 21.1 – Para dirimir as controvérsias resultantes deste Contrato e que não tenham podido ser resolvidas por negociações amigáveis, fica eleito o foro da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, em detrimento de outro qualquer, por mais privilegiado que seja.

Cláusula 21.2 - Antes de ingressar em juízo, as partes recorrerão ao processo de arbitragem previsto na Lei 9.307, de 23.09.06.

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

6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, *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.

Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos.

A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min, Amaral Santos.

Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público." (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, esclarece às páginas 398/399).

7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada.

8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.

9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspondente indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

12. As sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a incoerência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.

13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, *verbis*: (...) ***Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça.*** (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418).

14. A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais". (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: *SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI.*

52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 - "Caso Lage". Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrichi, DJ 18.08.1999.)

15. A aplicação da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC à matéria *sub judice*, afasta a jurisdição estatal, *in casu* em obediência ao princípio do juiz natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988).

16. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem. (Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003)

17. Destarte, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, porquanto terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.

18. Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência.

19. Consequentemente, o *fumus boni iuris* assenta-se não apenas na cláusula compromissória, como também em decisão judicial que não pode ser infirmada por Portaria ulterior, porquanto a isso corresponderia verdadeiro "atentado" (art. 879 e ss. do CPC) em face da sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro.

20. A título de argumento *obiter dictum* pretendesse a parte afastar a cláusula compromissória, cumprir-lhe-ia anular o contrato ao invés de sobrejulgá-lo por portaria ilegal.

21. Por fim, conclui com acerto Ministério Público, *verbis*:

"In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante.

A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis." (fls. 472/473)

22. *Ex positis*, concedo a segurança, para confirmar o teor da liminar dantes deferida, em que se determinava a conservação do *statu quo ante*, face a sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, porquanto o presente litígio deverá ser conhecido e solucionado por juízo arbitral competente, eleito pelas partes.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Preliminarmente, verifica-se que o ato coator é de Ministro de Estado (fl. 44) e foi proferido em 07.12.2005, obedecendo, portanto, o presente *mandamus*, impetrado em 15/12/2005, o prazo decadencial de 120 dias, consoante exigido pelo art.18, da lei 1.533/51.

Versam os autos Mandado de Segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, ante a publicação da Portaria Ministerial nº 782, publicada no dia 07 de dezembro de 2005, que *ratificou os termos da rescisão contratual procedida pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A - NUCLEP, em 14 de junho de 2004, Ato Administrativo nº 01/2005, de 05 de setembro de 2005, do contrato administrativo de arrendamento C-291/AB -001, celebrado em 16 de dezembro de 1997, com a empresa TMC, terminal Multimodal de Coroa Grande S/A e autorizou tanto a assunção imediata pela NUCLEP, do objeto do contrato de arrendamento C-291/AB 001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. I da Lei 8.666/93, como a ocupação e utilização do local, instalações, necessárias à continuidade do objeto do contrato de arrendamento C-291-001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. II e § 3º, da Lei nº 8.666/93, em afronta às cláusulas 21.1 e 21.2, do Contrato de Arrendamento para Administração, Exploração e Operação do Terminal Portuário e de Área Retroportuária (Complexo Portuário), lavrado em 16/12/1997 (fls.31/42), de seguinte teor:*

“Cláusula 21.1 – Para dirimir as controvérsias resultantes deste Contrato e que não tenham podido ser resolvidas por negociações amigáveis, fica eleito o foro da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, em detrimento de outro qualquer, por mais privilegiado que seja.

Cláusula 21.2 - Antes de ingressar em juízo, as partes recorrerão ao processo de arbitragem previsto na Lei 9.307, de 23.09.06.”

Com efeito, o ato apontado como abusivo consubstancia-se na emissão de Portaria, que ratificou rescisão contratual procedida pela NUCLEBRÁS em desfavor do CONSÓRCIO BRAVA GLOBAL (empresa que criou a TMC - Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A fls. 110), com fundamento em processo administrativo e nos artigos 80, incisos I e II e § 3º da Lei 8.666/93 e 37, inciso XXI da CF/88, *in verbis*:

"Portaria nº 782, de 7 de dezembro de 2005

Superior Tribunal de Justiça

O Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, no uso de suas atribuições, considerando o constante do processo nº 01200.006842/2005-02, e com base no disposto no art. 80, inciso I e II, e § 3º, da Lei nº 8.666/93, que regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, resolve:

Art. 1ª - Ratificar os termos da rescisão contratual procedida pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A - NUCLEP, em 14 de junho de 2004, Ato Administrativo nº 01/2005, de 05 de setembro de 2005, do contrato administrativo de arrendamento C-291/AB -001, celebrado em 16 de dezembro de 1997, com a empresa TMC - Terminal Modal de Coroa Grande - S/A.

Art. 2º - Autorizar a assunção imediata pela NUCLEP, do objeto do contrato de arrendamento C-291/AB -001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. I, da Lei nº 8.666/93.

Art. 3º - Autorizar a ocupação e utilização do local, instalações necessárias à continuidade do objeto do contrato de arrendamento C-291/AB 001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. II e § 3º, da Lei 8.666/93.

Art. 4º - Esta Portaria entra em vigor na data da sua publicação." (fls. 44)

Destarte, as razões do pedido mandamental restam apoiadas nas cláusulas 21.1 e 21.2, do Contrato de Arrendamento para Administração, Exploração e Operação do Terminal Portuário e de Área Retroportuária (Complexo Portuário), lavrado em 16/12/1997 (fls.31/42).

Informa a impetrante que a malsinada Portaria, que corroborou rescisão contratual unilateral, realizada na esfera administrativa, não apenas desobedeceu a cláusula que estabelecia o juízo arbitral como competente para resolver quaisquer conflitos entre as partes, bem como violou decisão judicial, da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, que negou seguimento à ação de cobrança proposta pela NUCLEP contra a ora impetrante (TMC), ao fundamento de que deveria ser utilizado naquela controvérsia o juízo arbitral, conforme se extrai da exordial:

"8 - Frise-se, também, que a NUCLEP, através de procedimento comum pelo rito ordinário, processado perante o juízo de direito da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, ajuizado contra a Impetrante, tentou efetivar cobrança de suposto débito, a reintegração de posse na área arrendada e na administração do Terminal acima mencionado, mas o feito foi, por sentença transitada em julgado, extinto sem exame do mérito exatamente por não ter a NUCLEP se utilizado do processo de arbitramento (docs. V e VI).

9 - Em razão de ter sido julgado extinto o feito acima aludido, a Exma. Sra. Juíza de Direito daquela Vara Cível, reintegrou a ora Impetrante na posse na área e administração do Terminal (doc. VII), reintegração que se processou regulamente, tendo a Impetrante

Superior Tribunal de Justiça

sido reintegrada na posse nos autos da precatória que foi expedida para o juízo de direito da 1ª Vara Cível de Itaguaí."

Sustenta ainda a impetrante que "tudo indica que a NUCLEP, objetivando ludibriar a sentença transitada em julgado, procura utilizar-se de todos os meios para prejudicar os interesses da Impetrante e, infelizmente, certamente por meios escusos, obteve da autoridade Impetrada a emissão da famigerada portaria que não pode gerar direito algum, muito menos o de autorizar a ocupação e a utilização do local arrendado à Impetrante, querendo dar foros de auto execução a uma portaria francamente ilegítima e arbitrária, eivada de abuso de poder que se encontra, posto que a Impetrante se encontra na posse legítima da área e do Terminal, em função do contrato em vigor e da sentença judicial, transitada em julgado."

Deveras, consoante se infere das informações supracitadas, a rescisão contratual decorreu de possível descumprimento de cláusulas contratuais, as quais deveriam ter sido discutidas em sede de juízo arbitral, nos termos da supracitada cláusula compromissória.

Prima facie, imprescindível à análise do pedido, determinar-se quais os limites jurídicos acerca da possibilidade do Poder Público, por meio de sociedade de economia mista (natureza jurídica adotada pela NUCLEP), estipular cláusula compromissória em contratos administrativos com particulares (empresa TMC), em especial de permissão de uso de área pública portuária, a ser explorado e administrado por particular.

O instituto da arbitragem remonta à origens remotas, vez que herança dos gregos e romanos, e sua história confunde-se com o nascimento da própria jurisdição.

A questão gravitante versa sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.

A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, *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.

Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos.

A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF

Superior Tribunal de Justiça

é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min, Amaral Santos.

Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público. (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, esclarece às páginas 398/399).

Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada.

Nesse sentido, conveniente lição do Professor Themístocles Brandão, citado pelo Ministro Eros Grau, no já referido artigo, à página 399:

"Parece-me que a administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contratarem a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário ou prolongando o processo administrativo, com diligências intermináveis, sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo.

De todo modo, ainda que não exista impedimento absoluto ao uso da arbitragem pela Administração, é natural que nem toda matéria possa ser resolvida pelos juízos privados. A questão se transporta, então para a definição do que possa e do que não possa ser objeto de arbitragem.

A melhor doutrina manifesta-se no sentido de que só podem ser arbitradas as questões de natureza contratual ou privada. "São essas relações que podem comportar o juízo arbitral" - pondera Castro Nunes.- "Aquelas em que o Estado age como Poder Público, estão de seu natural excluídas, pois que, em linha de princípio, não podem ser objeto de transação."

Defende ainda, o ilustre Ministro Eros Grau, que "embora a Administração disponha, nesse dinamismo, de poderes que se tornam como expressão de *puissance publique* (alteração unilateral da relação v.g), essa relação não deixa de ser contratual," expressando, por conseguinte, meros atos de gestão, enquanto praticados pela Administração-contratante.

É dizer, que a clássica diferença doutrinária entre contratos administrativos e privados não pode ser considerada como realidade radicalmente oposta, ou seja: todo e qualquer

Superior Tribunal de Justiça

contrato pode refletir elementos de direito administrativo e de direito privado.

Assim sendo, com o advento da Lei 9.307/96 permitiu-se a celebração de cláusulas contratuais em sede de contratos administrativos estipulando cláusula compromissória, exigindo-se, como requisito, a presença de direitos disponíveis.

Sob a égide dessa premissa, **a sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93.**

Todavia, não se deve confundir os conceitos de indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais.

A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”, consoante as lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e do já citado Ministro Eros Roberto Grau.

O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que, indisponível, é o interesse público, e não o interesse da administração.

Neste sentido, é a lição de Renato Alessi, (*in Principi di diritto amministrativo I, Quarta Edizione, Milano, Giuffrè, 1978,*), reiterada pelo Ministro Eros Grau:

"Ensina Renato Alessi que os interesses públicos, coletivos, cuja satisfação deve ser perseguida pela Administração, não são simplesmente o interesse da Administração enquanto aparato organizacional autônomo, porém aquele que é chamado interesse coletivo primário. Este é resultante do complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade, ao passo que o interesse do aparato organizacional, que é a Administração, se pode ser concebido um interesse, desse aparato, unitariamente considerado, será simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir no ser da coletividade e que podem ser realizados somente na medida em que coincidam, e nos limites dessa coincidência, com o interesse coletivo primário."

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, profere oportuno esclarecimento acerca do tema, *in Curso de Direito Administrativo Brasileiro, 15ª Edição, São Paulo, Malheiros, páginas 56/57, verbis:*

Superior Tribunal de Justiça

"(...) Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses, põe-se a nú a circunstância de que não existe coincidência entre interesse público e

interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público.

41. É que, além de subjetivar estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lehe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoas. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extra-jurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, ipso facto, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles.

42. Esta distinção a que se acaba de aludir, entre interesses públicos propriamente ditos - isto é, interesses primários do Estado - e interesses secundários (que são os últimos a que se aludiu). é de trânsito corrente e moente na doutrina italiana, e a um ponto tal que, hoje, poucos doutrinadores daquele país se ocupam em explicá-los, limitando-se a fazer-lhes menção, como referência a algo óbvio e geral. Este discrimen, contudo, é expostos com exemplar clareza por Renato Alessi, colacionando lições de Carnelutti e Picardi, ao elucidar que os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.

43. O autor exemplifica anotando que, enquanto mera subjetivação de interesses, à moda de qualquer sujeito, o Estado poderia ter interesse em tributar desmensuradamente os administrados, que assim enriqueceria o Erário, conquanto empobrecesse a Sociedade; que, sob igual ótica, poderia ter interesse em pagar valores ínfimos aos seus servidores, reduzindo-o ao nível de mera subsistência,

Superior Tribunal de Justiça

como quê refrearia ao extremo seus dispêndios na matéria; sem embargo, tais interesses não são interesses públicos, pois estes, que lhe assiste prover, são os de favorecer o bem-estar da Sociedade e de retribuir condignamente os que lhe prestam serviços."

Nestes termos, resta afirmar que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos **patrimoniais disponíveis**, o que não significa dizer disponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público.

Assim, tratar de direitos disponíveis, ou seja, de direitos patrimoniais, significa valer-se da possibilidade de transferi-los a terceiros, porquanto alienáveis.

Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

Destarte, as sociedades de economia mista encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a incoerência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, máxime quando legitimadas para tal as suas congêneres.

Ainda que as sociedades de economia mista estejam inseridas na órbita da Administração Pública Indireta, é bem verdade que suas atividades restam disciplinadas, majoritariamente, pela disciplina negocial das empresas privadas, como por exemplo, a penhorabilidade dos seus bens, aplicando-se-lhes o direito público apenas subsidiariamente, naquilo que não for incompatível com o seu regime privado, como aos princípios insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal.

Por sua vez, evitar que em um contrato administrativo, firmado entre partes de natureza comercial estipule-se cláusula arbitral é restringir aonde a lei não o fez.

Portanto, nenhum regime jurídico aplicável à sociedade de economia mista (exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviços públicos) será idêntico ao regime jurídico das pessoas de direito público (a Fazenda Pública).

Maria Sylvia Zanella di Pietro, em sua obra "Direito Administrativo", 15ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, à pág. 382 ensina:

"Uma primeira ilação que se tira do artigo 173, § 1º, é a de que, quando o Estado, por intermédio dessas empresas, exerce atividade econômica, reservada preferencialmente ao particular pelo caput do dispositivo, ele obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado. Estas normas são a regra; o direito público é exceção e,

Superior Tribunal de Justiça

como tal, deve ser interpretado restritivamente.

Outra conclusão é a de que, se a própria Constituição estabelece o regime jurídico de direito privado, as derrogações a esse regime somente são admissíveis quando delas decorrem implícita ou explicitamente. A lei ordinária não pode derogar o direito comum, se não admitida essa possibilidade pela Constituição."

É pacífica regra de hermenêutica em que as restrições devem ser interpretadas restritivamente, máxime no plano da autonomia da vontade. Sábia a lição do maior exegeta brasileiro que foi Carlos Maximiliano, em seu livro "Hermenêutica e Aplicação do Direito", publicado pela Editora Forense, 19ª Edição, às páginas 184/193, *in litteris*:

"(...) 271 - O Código Civil explicitamente consolidou o preceito clássico - 'Exceptiones sunt strictissimoe interpretationis' ("interpretam-se as exceções estritissimamente") no art. 6º da antiga Introdução, assim concebido: "A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica.,265 O).

O princípio entronca nos institutos jurídicos de Roma, que proibiam estender disposições excepcionais, e assim denominavam as do Direito exorbitante, anormal ou anômalo, isto é, os preceitos estabelecidos contra a razão de Direito; limitava-lhes o alcance, por serem um mal, embora mal necessário (2).

Eis os mais prestigiosos brocardos relativos ao assunto:

'Quod vero contra rationem, juris receptum est, non est producendum ad consequentias' (Paulo, no Digesto, liv. 1º, tít. 3º, frag. 14) - "o que, em verdade, é admitido contra as regras gerais de Direito, não se estende a espécies congêneres".

'In his quoe contra rationem, juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris' (Juliano, em o Digesto, liv. 1º, tít. 3º, frag. 15) - "no tocante ao que é estabelecido contra as normas comuns de Direito, aplicar não podemos regra geral".

'Quoe propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi' (Paulo, no Digesto, liv. 50, tít. 17, frag. 162) - "o que é admitido sob o império da necessidade, não deve estender-se aos casos semelhantes".

Os três apotegmas faziam saber que as regras adotadas contra a razão de Direito, sob o império de necessidade inelutável, não se deviam generalizar: não firmavam precedente, não se aplicavam a hipóteses análogas, não se estendiam além dos casos expressos, não se dilatavam de modo que abrangessem as conseqüências lógicas dos mesmos.

Os sábios elaboradores do Codex Juris Canonici (Código de Direito Canônico) prestigiaram a doutrina do brocardo, com inserir no Livro I, título I, cânon 19, este preceito translúcido:

Superior Tribunal de Justiça

"Leges quae poenam statuunt, aut liberum iurium exercitium carcant, aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretation" ("As normas positivas que estabelecem pena restringem o livre exercício dos direitos, ou contêm exceção a lei, submetem-se a interpretação estrita").

Menos vetusta é a parêmia . Permittitur quod non, prohibetur: "presume-se permitido tudo aquilo que a lei não proíbe".

Hoje se não confunde a lei excepcional com a exorbitante, a contrária à razão de Direito (contra rationem, juris), aquela cujo fundamento jurídico se não pode dar ('cujus, fatia reddi non potest'). O Direito Excepcional é subordinado a uma razão também, sua, própria, original, porém reconhecível, às vezes, até evidente, embora diversa da razão mais geral sobre a qual se baseia o Direito comum (3).

A fonte mediata do art. 6º da antiga Lei de Introdução, do repositório brasileiro, deve ser o art. 4º do Título Preliminar do Código italiano de 1865, cujo preceito decorria das leis civis de Nápoles (4) e era assim formulado: "As leis penais as que restringem o livre exercício dos direitos, ou formam exceções a regras gerais ou a outras leis, não se estendem além dos casos e tempos que especificam".

272 - As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente. Os contemporâneos preferem encontrar o fundamento desse preceito no fato de se acharem preponderantemente do lado do princípio geral as forças sociais que influem na aplicação de toda regra positiva, como sejam os fatores sociológicos, a Werturteil dos tedescos, e outras.

O art. 6º da antiga Lei de Introdução abrange, em seu conjuntos, as disposições derogatórias do Direito comum; as que confinam a sua operação a determinada pessoas, ou a um grupo de homens à parte; atuam excepcionalmente, em proveito, ou prejuízo, do menor número.

Não se confunda com as de alcance geral, aplicáveis a todos, porém suscetíveis de afetar duramente alguns indivíduos por causa da sua condição particular. Refere-se o preceito àquelas que, executadas na íntegra, só atingem a poucos, ao passo que o resto da comunidade fica isenta (3).

Impõe-se também a exegese estrita à norma que estabelece uma incapacidade qualquer, ou comina a decadência de um direito: esta é designada pelas expressões legais - "ou restringe direitos" (4).

(...)

*286 - Parece oportuna a generalização da regra exposta acerca de determinadas espécies de preceitos, esclarecer como se entende e aplica uma norma excepcional. **É de Direito estrito; reduz-se à hipótese expressa: na dúvida, segue-se a regra geral. Eis porque se***

diz que a exceção confirma a regra nos casos não excetuados.

287 - O processo de exegese das leis de tal natureza é sintetizado na parêmia célebre, que seria imprudência eliminar sem maior exame - 'interpretam-se restritamente as disposições derogatórias do Direito comum'. Não há efeito sem causa: a predileção tradicional pelos brocardos provém da manifesta utilidade dos mesmos. Constituem sínteses esclarecedoras, admiráveis sùmulas de doutrinas consolidadas. Os males que lhes atribuem são os de todas as regras concisas: decorrem não do uso, e sim do abuso dos dizeres lacônicos. O exagero encontra-se antes na deficiência de cultura ou no temperamento do aplicador do que no âmago do apotegma. Bem compreendido este, conciliados os seus termos e a evolução do Direito, a letra antiga e as idéias modernas, ressaltará ainda a vantagem atual desses comprimidos de idéias jurídicas, auxiliares da memória, amparos do hermeneuta, fanais do julgador vacilante em um labirinto de regras positivas.

Quanta dúvida resolve, num relâmpago, aquela síntese expressiva - interpretam-se restritamente as disposições derogatórias do Direito comum!

Responde, em sentido negativo, à primeira interrogação: o Direito Excepcional comporta o recurso à analogia? (2). Ainda enfrenta, e com vantagem, a segunda: é ele compatível com a exegese extensiva? Neste último caso, persiste o adágio em amparar a recusa; acompanham-no reputados mestres (3); outros divergem (4), porém mais na aparência do que na realidade: esboçam um sim acompanhado de reservas que o aproximam do não. Quando se pronunciam pelo efeito extensivo, fazem-no com o intuito de excluir o restritivo, tomado este na acepção tradicional. Timbram em evitar que se aplique menos do que a norma admite; porém não pretendem o oposto - ir além do que o texto prescreve. O seu intento é tirar da regra tudo o que na mesma se contém, nem mais, nem menos. Essa interpretação bastante se aproximada que os clássicos apelidavam declarativa; denomina-se estrita: busca o sentido exato; não dilata, nem restringe (5).

Com as reservas expostas, a parêmia terá sempre cabimento e utilidade. Se fora lícito retocar a forma tradicional, substituir-se-ia apenas o advérbio: ao invés de restritiva, estritamente. Se prevalecer o escrúpulo em emendar adágios, de leve sequer, bastará que se entenda a letra de outrora de acordo com as idéias de hoje: o brocardo sintetiza o dever de aplicar o conceito excepcional só à espécie que ele exprime, nada acrescido, nem suprimido ao que a norma encerra, observada a mesma, portanto, em toda a sua plenitude (6).

288 - Releva advertir que todo preceito tem valor apenas relativo. A regra do art. 6º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil consolida o velho adágio - interpretam-se restritamente as disposições derogatórias do Direito comum, brocardo este correspondente ao dos romanos - *exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*. Qualquer dos três conceitos aplica-se com a maior

Superior Tribunal de Justiça

*circunspeção e reserva, e comporta numerosas exceções*²⁸² (1): daí a divergência na maneira de o entender, até entre pontífices das letras jurídicas.

289 - *As palavras - que especifica, do Código brasileiro, paráfrase de - in esse expressi, do repositório italiano, não se interpretam no sentido literal, de exigir individuação precisa, completa, de cada caso a incluir na exceção. Comporta esta as hipóteses todas compatíveis com o espírito do texto. Exclui-se a extensão propriamente dita; porém não a justa aplicação integral dos dispositivos.*

Restrições ao uso ou posse de qualquer direito, faculdade ou prerrogativa não se presumem: é isto que o preceito estabelece. Devem ressaltar dos termos da lei, ato jurídico, ou frase de expositor.

Cumpre opinar pela inexistência da exceção referida, quando esta se não impõe à evidência, ou dúvida razoável paira sobre a sua aplicabilidade a determinada hipótese." (grifou-se)

Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, *verbis*:

(...) Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça." (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Atíhos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418) (grifou-se)

A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais".

Superior Tribunal de Justiça

Consoante lição do saudoso Professor Caio Tácito, em artigo intitulado "Arbitragem nos Litígios Administrativos", publicado na Revista "Temas de Direito Público", 3º Volume, Editora Renovar, à página 87:

"Na medida em que é permitido à Administração Pública, em seus diversos órgãos e organizações, pactuar relações com terceiros, especialmente mediante a estipulação de cláusulas financeiras, a solução amigável é fórmula substitutiva do dever primário de cumprimento da obrigação assumida.

***Assim como é lícita, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação - e, por via de consequência, a convenção da arbitragem será meio adequado de tornar efetivo o cumprimento obrigacional quando compatível com a disponibilidade dos bens."** (grifou-se)*

O consagrado mestre, ainda destaca, *litteris*:

"Se, indubitavelmente, em certos casos, o princípio da indisponibilidade do interesse público repele o compromisso arbitral, não há por que obstar o benefício da transação quando a natureza da obrigação de conteúdo mercantil, a ser cumprida pelo órgão público, possibilita que ao acordo de vontade, fruto do vínculo bilateral, possa igualmente suceder o procedimento amigável como dirimente de eventual discrepância no entendimento da latitude da obrigação do administrador." (artigo Arbitragem nos Litígios Administrativos, publicado na Revista "Temas de Direito Público", 3º Volume, Editora Renovar, à página 88)

Outra não é a opinião de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

"Consigne-se, finalmente, que a competência para negociar e contratar a respeito de interesses patrimoniais disponíveis de administração pública implica na correlata competência para pactuar preventivamente a solução de controvérsias por meio de arbitramento. Tal é a norma do artigo 1º da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, daí decorrendo que a competência para a escolha das regras de direito (art. 2º. §1º), bem como para escolha dos árbitros (art. 13, § 2º), segue-se como corolário." (Arbitragem nos contratos Administrativos. In RDA nº 209, 1997, pág. 89)

In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o

Superior Tribunal de Justiça

cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado ou a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante.

A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis."

No dizer de Eduardo Talamini, em artigo publicado na revista de Brasileira de Arbitragem, ao se escolher pela solução arbitral se "está buscando uma composição para o conflito em um processo pautado em parâmetros objetivos quanto ao seu desenvolvimento e ao conteúdo de suas decisões; um processo em consonância com as garantidas do *due process of law* e, sob esse específico aspecto, controlável pelo Judiciário. Portanto, ao se submeter uma pretensão ao Juízo arbitral, não se está renunciando a ela, não se está abrindo mão do direito de obter do Judiciário a solução para a questão. Mas isso também ocorre quando a solução é obtida diretamente pelas partes sem ingressar em Juízo - o que, reiterar-se, é em regra possível também nas relações de direito público." (Artigo publicado na Revista Brasileira de Arbitragem nº 4 - Outubro/Dezembro de 2004, com o seguinte título: *Cabimento de Arbitragem Envolvendo Sociedade de Economia Mista Dedicada à Distribuição de Gás*, pág. 56)

Cite-se precedente do Supremo Tribunal Federal, no SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004, o qual despeito de não versar especificamente acerca de sociedades de economia mista, tratou de conflito semelhante, em que duas sociedades comerciais, cujo regime jurídico se aplica às empresas estatais, nos termos do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, litigavam acerca de direitos inquestionavelmente **disponíveis, reconhecendo a constitucionalidade do instituto:**

EMENTA: 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel

Superior Tribunal de Justiça

do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a **manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (SE 5206 AgR / EP - ESPANHA AG.REG.NA SENTENÇA ESTRANGEIRA Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Rel. Acórdão Julgamento: 12/12/2001 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 30-04-2004)**

A questão arbitral também fora apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, no

Superior Tribunal de Justiça

conhecido "caso Lage", em célebre decisão do Ministro Bilac Pinto:

"INCORPORAÇÃO DE BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPÓLIO DE HENRIQUE LAGE, JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE, JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. Legalidade do Juízo arbitral, que o nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal (...) (AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382)"

Oportuno ainda registrar o seguinte precedente de relatoria da Ministra desta Colenda Corte, Nancy Andrighi, então desembargadora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

"MANDADO DE SEGURANÇA - PÓLO PASSIVO - TEMPESTIVIDADE - LICITAÇÃO - INTERESSE PÚBLICO INDISPONÍVEL - JUÍZO ARBITRAL - DECRETO-LEI Nº 2.300 E LEI 8.666. POSSIBILIDADE. (...)

III - Pelo art. 54, da Lei 8.666/93, os contratos administrativos regem-se pelas suas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, o que vem reforçar a possibilidade de adoção do Juízo arbitral para dirimir questões contratuais." (MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrighi, DJ 18.08.1999, in: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, 8, 2000, p. 359).

A aplicação da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC à matéria *sub judice*, afasta a jurisdição estatal, *in casu* em obediência ao princípio do juiz natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988).

É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, mas ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem.

Neste contexto, confira-se as palavras da Ministra Nancy Andrighi deste Egrégio STJ, no Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003:

"(...)

1 - O tema em questão é muito novo em nossa jurisprudência e esparsos são os doutrinadores que se destinam ao seu estudo. 'A arbitragem não caracteriza renúncia ao exercício do direito de

Superior Tribunal de Justiça

ação e sim uma das formas de se solucionar as controvérsias sem precisar da atuação do Poder Judiciário'. Não se trata de impedir o acesso ao Judiciário, como vem sendo fundamentado por alguns que entendem que a cláusula compromissória fere o art. 5º, XXXV, da CF de 88, e sim uma disponibilidade que tem os interessados de verem suas questões sendo dirimidas com maior celeridade, prestaza e com menos entraves burocráticos (...)"

Destarte, uma vez convenionado pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, porquanto terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.

Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência.

Ante os argumentos expostos, acertada a solução adotada em sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, a qual não merece qualquer ressalva, haja vista a inexistência de qualquer óbice de ordem material ou formal à instituição de cláusulas compromissórias em sede de contratos administrativos firmados entre sociedade de economia mista e empresas comerciais privadas.

A referida decisão privilegia a segurança jurídica, pilar que sustenta o administrado, posto depositar credibilidade nas leis que regulam os contratos, na legitimidade dos atos do Poder Público e nos contratos que engendra, por isso que, uma vez exurgindo Portaria exarada por Ministro de Estado rescindindo unilateralmente contrato administrativo dependente de compromisso arbitral, há que se anular o ato administrativo inquinado, sob pena de negar-se eficácia ao próprio contrato.

Consequentemente, o *fumus boni iuris* assenta-se não apenas na cláusula compromissória, como também em decisão judicial que não pode ser infirmada por Portaria ulterior, porquanto a isso corresponderia verdadeiro "atentado" (art. 879 e ss. do CPC) em face da sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro.

Acerca do tema, já tive a oportunidade de me manifestar no seguinte sentido, *litteris*:

"(...) A artimanha da parte (autor e réu), que altera a situação, de fato, para gerar um resultado que lhe seja favorável, considera-se 'prejudicial à outra parte e atentado à dignidade da justiça'. O direito, como se sabe, não protege iniquidades e inibe a essa alteração do estado de fato da lide através das sanções impostas à

Superior Tribunal de Justiça

parte que, no curso do processo, comete o que se denomina 'atentado'.

Assim é que 'comete atentado a parte que no curso do processo viola penhora, arresto, seqüestro ou imissão na posse, prossegue em obra embargada ou pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato da lide'. O atentado reclama como pressupostos os atos de violação descritos e a pendência de relação processual. Quanto ao primeiro pressuposto, a violação das medidas de constrictão implica depreciar o bem constricto, depredá-lo, retirar as suas utilidades (como, por exemplo: desprover um carro de seus acessórios, arrancar o piso de cerâmica do imóvel ou papel de parede etc.). O prosseguimento da obra embargada tem como escopo iludir o juízo de que a nunciação originária não se referia 'à obra nova', tanto que concluída. Sucede que a conclusão engendra-se em detrimento da outra parte e com atentado à seriedade da jurisdição. Por fim, qualquer inovação fático-ilegal enquadra-se na categoria do atentado, como, v.g., a edificação de uma casa no imóvel usucapiendo, gerando a aparência de posse antiga e do animus domini.(...)

O atentado, como manifestação consistente na alteração do estado fático da lide influente para o desate da causa, pode ocorrer em qualquer processo. Impõe-se, contudo, esclarecer que, quando a ação é proposta, as partes não se imobilizam em relação ao bem sobre o qual gravita a lide. Nesse sentido, não se vislumbra na fruição normal da coisa ou na continuação de atos anteriores à lide (qui continuat non attentat). Assim, v.g., 'em ação de usucapião, como posse justificada, o usucapiente pode construir no imóvel; ao revés, há inovação no estado de fato e portanto comete atentado o réu que em ação reivindicatória procura valorizar o imóvel erigindo benfeitorias úteis no bem, ou o demandado que violando liminar deferida aumenta em extensão a sua infringência à posse alheia.

De toda sorte, é imperioso assentar-se que só há atentado quando a inovação é prejudicial à apuração da verdade.

O atentado pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive, após a condenação e na relação de execução. (grifou-se) (In, Curso de Direito Processual Civil, 3ª edição, Editora Forense, páginas 1637/1638).

É dizer, decisão judicial que confere eficácia à cláusula compromissória e julga extinto o processo pelo "compromisso arbitral", se desrespeitada pela edição de Portaria que eclipsa a medida afastada pelo ato jurisdicional, caracteriza a figura do "atentado" (art. 880 do CPC).

A título de argumento *obiter dictum* pretendesse a parte afastar a cláusula compromissória, cumprir-lhe-ia anular o contrato ao invés de sobrejulgá-lo por portaria ilegal.

Por fim, conclui com acerto Ministério Público, *verbis*:

"In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a

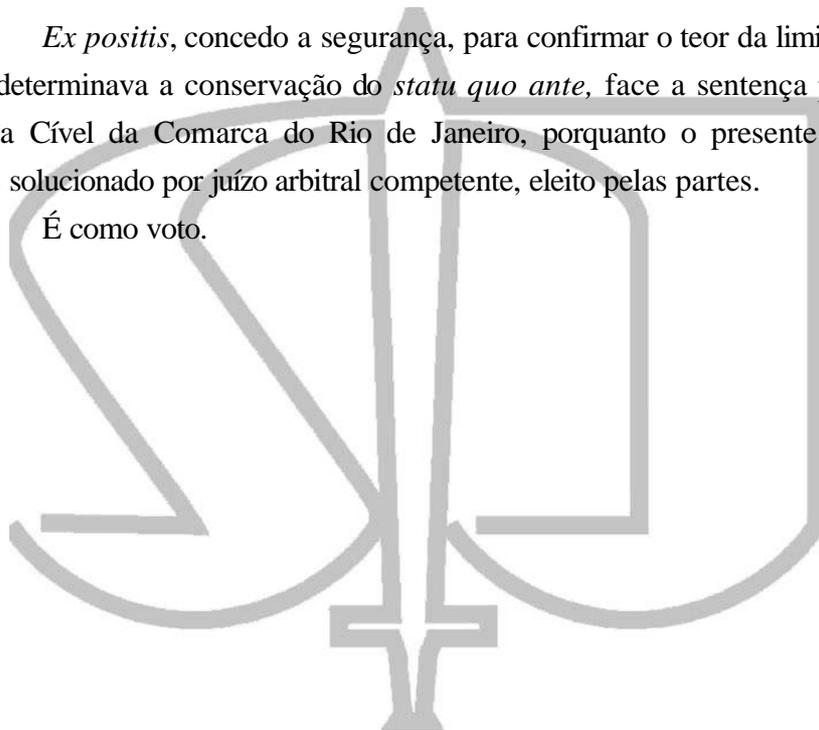
Superior Tribunal de Justiça

uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante.

A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis." (fls. 472/473)

*Ex positis, concedo a segurança, para confirmar o teor da liminar dantes deferida, em que se determinava a conservação do *statu quo ante*, face a sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, porquanto o presente litígio deverá ser conhecido e solucionado por juízo arbitral competente, eleito pelas partes.*

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2005/0212763-0

MS 11308 / DF

Número Origem: 20040110791147

PAUTA: 09/04/2008

JULGADO: 09/04/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TMC TERMINAL MULTIMODAL DE COROA GRANDE SPE S/A

ADVOGADO : ALESSANDER LOPES PINTO E OUTRO(S)

IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA

ASSUNTO: Administrativo - Contrato

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, concedeu a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), José Delgado, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília, 09 de abril de 2008

Carolina Vêras
Secretária