

## **SOBRE A PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: ARBITRABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA**

*Ana Carolina Squadri Santanna*

Procuradora Federal. Pós-Graduada *Lato Sensu* em  
Direito Público no Instituto Brasiliense de Direito  
Público – IDP.

**Resumo:** Este artigo estuda a possibilidade de participação do Estado em arbitragem comercial internacional, no que diz respeito à arbitrabilidade subjetiva e objetiva. O texto é desenvolvido à luz de opiniões doutrinárias e de precedentes do Judiciário, além dos diplomas legais. A percepção que se tem é que tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm aceitando a submissão do Estado à arbitragem, com base na permissão genérica da Lei nº 9.307/96, diante da evolução do Direito Administrativo.

**Abstract:** This article studies the possibility of the State participation in the International Commercial Arbitration regarding the subjective and the objective arbitrability. The text is developed in light of the doctrinal opinions of the Court's jurisprudence, and the statutes. It has been noticed that both the doctrines and the judiciary have been accepting the State's submission to arbitration, based on the generic permission granted by the Law nº 9 307/96, in the face of the evolution of the Administrative Law.

**Palavras-chave:** Arbitragem Comercial Internacional. Administração Pública. Arbitrabilidade Subjetiva. Arbitrabilidade Objetiva. Princípio da legalidade.

**Keywords:** International Commercial Arbitration; State Administration; Subjective Arbitrability; Objective Arbitrability; Legality Principle.

### **1. Introdução**

O presente trabalho estuda a questão da possibilidade de participação do Estado brasileiro em arbitragem comercial internacional, mesmo que não haja autorização específica do legislador.

Notoriamente, o Estado brasileiro cada vez mais se insere no plano internacional, de diversas formas, seja atuando como país hospedeiro de empresas transnacionais, seja como sujeito de obrigação contratual.

Segundo Marilda Rosado de Sá Ribeiro, “o fenômeno da globalização, com a correlata expansão do comércio internacional e dos fluxos de capital, potencializados pelos avanços da informática e telecomunicações, impõe grandes desafios aos Estados na Novíssima Ordem Internacional”<sup>1</sup>. Dessa forma, para não ficar excluído do cenário global, devem os países em desenvolvimento, no caso o Brasil, se adaptarem à nova ordem internacional.

Essa nova ordem internacional é composta por princípios que abrangem a segurança jurídica, a cooperação internacional e a boa-fé objetiva.<sup>2</sup> Isso significa que o Estado brasileiro deve reavaliar alguns dogmas referentes à arbitragem se tiver como meta o êxito das negociações internacionais.

Um dos aspectos a ser revisado é a exigência da eleição de foro para a solução dos conflitos surgidos durante a execução do contrato firmado com empresa estrangeira. O entendimento da aplicação dessa norma para todos os tipos de conflito, de qualquer natureza, impede a celeridade do fim dos litígios. Ressalta-se que a efetividade do processo é um princípio constitucional processual, que nas relações de negócio visam “à proteção da confiança das pessoas pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação”.<sup>3</sup>

Portanto, para garantir a segurança jurídica das relações, é aconselhável que o contrato administrativo preveja cláusula compromissória, caso sejam atendidas as condições de arbitrabilidade subjetiva e de arbitrabilidade objetiva, como será visto adiante.

De acordo com o panorama atual, muitas vezes a empresa internacional tem um poder de barganha equivalente ou maior que a do Estado, haja vista possuírem maiores vantagens financeiras, tecnológicas, entre outras coisas, o que dificulta a contratação de produto ou serviço pelo ente estatal, caso o contrato administrativo preveja somente a cláusula de eleição de foro.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Novos rumos do direito do petróleo* – Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 30 e 31

<sup>2</sup> RIBEIRO. *Op. Cit.* p. 31

<sup>3</sup> SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, IBDP, vol. 2, 2005, [www.direitodoestado.com.br/rede.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp), acesso em 13/02.2008, Apud: RIBEIRO. *op. cit.*, p. 50 e 51

<sup>4</sup> BARBOSA, Joaquim Simões & SOUZA, Carlos Affonso Pereira. “Arbitragem nos Contratos Administrativos: Panorama de uma Discussão a ser Resolvida”, In: ALMEIDA, Ricardo (coordenador). *Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e prática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 267 e 268.

Dessa forma, estipulando-se somente a cláusula de eleição de foro num contrato internacional, certamente se estará sendo criados obstáculos para a participação do país no comércio internacional, e os que foram firmados sem a previsão da arbitragem podem causar uma imagem ruim do Estado no mercado, vez que os conflitos não são rapidamente solucionados.

A defesa pela arbitragem se justifica pelas vantagens que possui em relação ao processo judicial, além da celeridade, tais como a “especialidade, forma de nomeação dos árbitros; confidencialidade do procedimento arbitral, flexibilidade na escolha da lei aplicável ao mérito do litígio e ao processo arbitral”<sup>5</sup>. Ademais, a arbitragem é voltada para casos que envolvem valores exorbitantes e de certa forma complexos, isto é, trata-se de um instituto apropriado para certas transações internacionais de que o Estado participa, onde são gastos recursos de grande monta, e cujo objeto refere-se à matéria que exige conhecimento especialíssimo, como por exemplo, pesquisa e lavra de petróleo e gás.<sup>6</sup>

Ocorre que o uso da arbitragem pelo Estado é questionado pela doutrina e principalmente pelo Tribunal de Contas da União, sendo polêmica a discussão a respeito do uso da arbitragem pelo ente estatal.<sup>7</sup> Portanto, será estudada a participação do Estado na arbitragem privada enfrentando o problema da *arbitrabilidade subjetiva*, referente à capacidade das partes e da *arbitrabilidade objetiva*, para verificar se o objeto em conflito pode ser submetido à arbitragem.

Sendo assim, será desenvolvido um breve estudo sobre a arbitragem comercial internacional, bem como sobre a questão do cabimento de cláusula compromissória em contratos administrativos, no que diz respeito à arbitralidade subjetiva e à arbitrabilidade objetiva do ente estatal.

## **2. Crise da Justiça e seus Reflexos no Direito Administrativo**

Primeiramente, cabe destacar a passagem da obra de Miguel Reale acerca da importância da arbitragem na evolução do Direito:

---

<sup>5</sup> TIBÚRCIO, Carmem. “A arbitragem como meio de solução dos litígios comerciais internacionais envolvendo o petróleo e uma breve análise da cláusula arbitral da sétima rodada de licitações da ANP”, In: TIBÚRCIO, Carmem. *Temas de Direito Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 308

<sup>6</sup> Segundo Carlos Augusto da Silveira Lobo, “a arbitragem é hoje o meio mais utilizado para a solução de litígios oriundos dos contratos internacionais. Bem ilustram as estatísticas da Câmara de Comércio Internacional (CCI) referente ao ano de 2001. Somente nesse ano, a Corte Internacional de Arbitragem da CCI processou 566 pedidos de arbitragem, em que figuraram 1.492 partes, domiciliadas em 116 países diferentes”. “Uma Introdução à Arbitragem Comercial Internacional”, In: ALMEIDA, Ricardo (coordenador). *Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e prática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 03 e 04

<sup>7</sup> CARNEIRO, Cristiane Dias. “Arbitragem na Administração Pública: Setor Elétrico”, In: SOUTO, Marcos Jurena Villela (coord.). *Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 691

“Tudo indica, por conseguinte, que será sinal de maturidade jurídica a crescente utilização da arbitragem para solução dos conflitos de direitos e interesses patrimoniais disponíveis, sem continuarmos a nos perseverar em querer resolver a Crise da Justiça lançando mão apenas de reformas de ordem legislativa estatal, sobretudo quando dependam de alterações no plano constitucional.

A meu ver, a arbitragem vem abrir novo e amplo campo de ação nessa matéria, permitindo que a própria sociedade civil venha trazer preciosa contribuição, valendo-se da alteração verificada na experiência jurídica contemporânea no tocante às fontes do Direito, enriquecidas pelo crescente exercício do chamado poder negocial, em complemento à lei, às decisões judiciais e às normas constitucionais, como penso ter demonstrado em meu livro *Fontes e Modelos do Direito*”.<sup>8</sup>

Conforme mencionado acima, não se pode mais ignorar a lentidão da prestação jurisdicional pelo Estado. Os litígios encaminhados ao Poder Judiciário representam uma quantidade muito superior à capacidade do órgão julgante, prejudicando, assim, a celeridade processual.<sup>9</sup> Dessa forma, não há *processo efetivo*, isto é, a tutela jurisdicional não é prestada conforme os ditames constitucionais, pois não oferece simultaneamente segurança e celeridade.<sup>10</sup>

Para José Roberto dos Santos Bedaque, o princípio do acesso à Justiça não significa somente o direito de ação, mas está relacionado também à efetividade, à celeridade e à economia processual.<sup>11</sup>

Duas das conseqüências desastrosas da morosidade da prestação jurisdicional referem-se ao prejuízo à segurança e à continuidade das relações jurídicas, *verbis*:

“O alerta é de um dos grandes economistas brasileiros da atualidade: ‘A inoperância do Judiciário e a incerteza jurídica são fatos graves, que minam a nossa capacidade de crescimento. A incerteza, por exemplo, está na instituição da liminar. Isso cria uma indefinição quanto ao que vai prevalecer. Ela pode manter uma ocupação claramente ilegal de um terreno ou permitir a uma empresa-fantasma de combustível contornar todo o sistema tributário e depois desaparecer.’” (Eduardo Giannetti, in *O Estado de S. Paulo*, 3.8.2003, p. A8) A relação entre a atuação do

---

<sup>8</sup> REALE, Miguel, *Crise da Justiça e Arbitragem*. In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 5, abril-junho de 2005, p. 13

<sup>9</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, Malheiros Editora: 2010, p. 21

<sup>10</sup> Idem, p. 49

<sup>11</sup> Idem, p. 50

Judiciário e a economia é intensa, como demonstra amplo estudo organizado por Armando Castelar Pinheiro (*Judiciário e Economia, passim*)”.<sup>12</sup>

O debate sobre a eficiência da solução dos litígios deve se pautar no princípio constitucional que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII). Portanto, pode-se afirmar que sob a ótica constitucional, negar a participação do Estado em arbitragens comerciais internacionais é sobrepor o formalismo ao princípio constitucional que garante a efetividade do processo, que abrange segurança e celeridade.<sup>13</sup>

A crescente participação do Estado brasileiro em arbitragem comercial internacional é conseqüência do aumento de relações jurídicas internacionais nos últimos anos, principalmente na área de infra-estrutura, essencial para o desenvolvimento sócio-econômico do Brasil.<sup>14</sup>

De acordo com o José Emílio Nunes Pinto, aqueles que não concordam com a participação do Estado na arbitragem comercial interpretam os princípios de Direito Administrativo de forma ortodoxa, não absorvendo o papel evolutivo do Estado.

O Estado sempre foi considerado um ente superior, sendo a relação com os particulares somente de submissão. Após o período de “Estado provedor”, passou o Estado Moderno a regular as atividades que antes eram praticadas por ele, “prevendo standards de comportamento e sancionando os desvios verificados”.<sup>15</sup>

Há três ou quatro décadas o Estado passou a ser empresário também, gerando um “crescimento desordenado de empresas estatais que passaram a concorrer com o setor privado”.<sup>16</sup> Surge, então, o “Estado empreendedor”, que chega ao fim com as privatizações de empresas ou com a desestatização do serviço público (energia elétrica e telecomunicações, por exemplo).

Devido à escassez de recurso, buscou o Estado, no setor privado, parceria para o investimento no desenvolvimento social, cujo objetivo era aprimorar a infra-estrutura do país, que é considerada insuficiente pelo setor privado.

---

<sup>12</sup> Idem, p.48

<sup>13</sup> NORI, Glauco. *Giurisdizione Pubblica e giurisdizioni private*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2000, nº 2, p. 415-423, Apud: OLIVEIRA. Ana Perestrelo. *Arbitragem de litígios com entes públicos*, Coimbra, Ed. Almedina: 2007, p. 51

<sup>14</sup> PINTO, José Emílio Nunes. *Reflexões indispensáveis sobre a utilização da arbitragem e de meios extrajudiciais de solução de controvérsias*, Apud: Idem, p. 304 e 305

<sup>15</sup> Idem, p. 305

<sup>16</sup> Idem, ibidem

Portanto, o setor privado passou a ser parceiro do Estado nas questões relativas às responsabilidades sociais, que no passado eram exclusivamente estatais.

Em virtude dessa nova relação do Estado com setor privado, discute-se a possibilidade daquele ente resolver seus conflitos com pessoas jurídicas de direito privado por meio da arbitragem comercial.

Acertadamente, afirma José Emílio Nunes Pinto que “a perpetuação de conflitos impede que o contrato ou a empresa, conforme seja o caso, cumpra sua função, o que redundaria em prejuízo para todos os que por ele são atingidos”<sup>17</sup>. Por isso, defende a participação do Estado na arbitragem como meio de solução de litígios, como forma de garantir a preservação da segurança jurídica das relações, bem como para a preservação do interesse público presente na execução de um determinado contrato.

Igualmente, pode-se atribuir a tendência a soluções alternativas de conflito à “mudança na relação entre empresas estrangeiras e Estados hospedeiros, na medida em que, tradicionalmente, as divergências diziam respeito à nacionalização de recursos pelo Estado hospedeiro, e, modernamente, relacionam-se com o exercício de poderes regulatórios pela autoridade estabelecida após as privatizações”<sup>18</sup>, com exceção do Governo da Bolívia que, nos últimos anos, vem realizando a nacionalização de empresas estrangeiras estabelecidas no país, principalmente nos setores petrolífero e de telefonia<sup>19</sup>.

Para John S. Dzienkowski, as partes de um negócio internacional preferem a arbitragem por quatro motivos: “1) a relutância à aceitação do tribunal local, o qual poderia não oferecer uma decisão imparcial. (...) Questões políticas e à imunidade de jurisdição seriam evitadas; 2) a possível insatisfação com o judiciário tradicional; 3) a natureza litigiosa da solução judiciária, que tende a abalar a relação entre as partes e até a impedir futuros negócios; 4) finalmente, a desvantagem da publicidade dos processos judiciais, em contraposição à confidencialidade das arbitragens”<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Idem, p. 314

<sup>18</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado Sá, “Solução de Controvérsias na Indústria do Petróleo”, In: RIBEIRO. op. cit., p. 375

<sup>19</sup> “O presidente da Bolívia, Evo Morales, anunciou nesta quinta-feira que o seu governo assumiu o controle da Entel, a principal companhia telefônica do país, e de outras quatro empresas de petróleo. Segundo a agência de notícias do governo, a Entel - que pertencia a Euro Telecom International, subsidiária do grupo italiano Telecom Italia - foi nacionalizada por decreto.

Também por meio de decretos, o governo de Morales adquiriu a maioria acionária da petrolífera Chaco, que pertencia à British Petroleum, da Transredes, que era da britânica Ashmore e da anglo-holandesa Shell, e da CLHB, de capital alemão e peruano.

Já no caso da petrolífera Andina, o governo anunciou a compra de 50% das ações mais uma no valor de US\$ 6 milhões, após “árduas negociações” com a espanhola Repsol YPF, segundo a Agência Boliviana de Informação (ABI).

A Repsol YPF manterá 48% das ações da Andina, que controla 18 campos de petróleo no país.” O Estado de São Paulo, notícia publicada em 01º de maio de 2008, disponível no site [www.estadao.com.br](http://www.estadao.com.br), acesso em 20/08/2011

<sup>20</sup> RIBEIRO. op. cit., p. 382

Nesse sentido, a Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) prevê a arbitragem no art. 43, X, como uma forma de solução de controvérsia, além da cláusula de eleição de foro para as questões de direito indisponível.<sup>21</sup> Da mesma forma que esta cláusula, a previsão da arbitragem é considerada essencial num contrato de concessão para exploração e produção de petróleo.

Portanto, exigir uma lei específica para permitir a participação do Estado na arbitragem dificulta a realização de transações internacionais bem sucedidas, inclusive daquelas de importantíssimo interesse público.

### 3. Arbitragem Comercial Internacional

No Brasil, a arbitragem ganhou relevância com a publicação da Lei nº 9.307/96 e com a declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso-incidental no Agravo de Instrumento em Sentença Estrangeira nº 5.206-7<sup>22</sup>, já que o Código de Processo Civil não conferia à cláusula compromissória força para afastar o processo judicial impulsionado por uma das partes. No âmbito internacional, a ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque viabilizou a arbitragem comercial internacional, tendo em vista que “é a adesão à Convenção (...) que vem propiciar a confiança dos parceiros internacionais e a certeza de que as sentenças arbitrais prolatadas no Brasil serão reconhecidas e executadas nos países que subordinam a aplicação da Convenção de Nova Iorque à reciprocidade”.<sup>23</sup>

Além da lei geral de arbitragem, há previsão dessa solução alternativa de conflitos em algumas leis específicas, como a Lei nº 8.987/95, que trata das concessões de serviço público, nas leis referentes aos setores de telecomunicações, petróleo e gás e à contratação público-privada.<sup>24</sup>

Em razão da necessidade de homologação judicial do laudo arbitral, bem como da ausência de força vinculativa da cláusula compromissória, a arbitragem era um meio alternativo de solução de conflito pouco utilizado.

---

<sup>21</sup> TIBÚRCIO. Op. cit., In: TIBÚRCIO. op. cit., p. 326

<sup>22</sup> DOLINGER, Jacob & TIBÚRCIO, Carmem. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55

<sup>23</sup> LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *Uma introdução à arbitragem comercial internacional*. In: ALMEIDA. op. cit., p. 06

<sup>24</sup> A arbitragem encontra-se presente nos seguintes normativos, dentre outros: art. 23-A da Lei nº 8.987/95, que trata das concessões de serviço público; art. 93, XV, da Lei nº 9.472/97, referente aos serviços de telecomunicações; art. 43, X, da Lei nº 9.478/97 em relação à concessão de blocos para exploração e lavra de petróleo e gás e art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004, referente à contratação público-privada.

Com o advento da Lei de Arbitragem (art. 35), deixou-se de exigir a homologação judicial no Judiciário de origem, exigindo-se tão-somente a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça para conferir eficácia interna à sentença arbitral, competência anterior do Supremo Tribunal Federal, alterada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.<sup>25</sup>

Segundo Selma Ferreira Lemes, a Lei de Arbitragem surgiu da “necessidade de flexibilização das normas contratuais com o fito de proporcionar o equilíbrio entre os contratantes e enaltecer a lealdade contratual”<sup>26</sup>, em virtude do cenário de privatizações da época e de nova concepção de contrato administrativo, que consagra a colaboração, ao invés da subordinação do contratado em relação ao Estado.

Outra inovação da Lei nº 9.307/96 é que antes não havia distinção entre arbitragem internacional e arbitragem interna, embora o STF já as diferenciasse, usando o critério geográfico, vez que somente os laudos arbitrais proferidos fora do território nacional necessitavam da homologação desse órgão.<sup>27</sup>

Outra característica apontada por Jacob Dolinger e Carmem Tibúrcio é que o laudo arbitral não era equiparado à sentença estrangeira, devendo ser duplamente homologado: primeiro pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Judiciário estrangeiro e posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>28</sup> O laudo arbitral era a expressão usada para as decisões proferidas em arbitragem antes do advento da Lei nº 9.307/96. Com a promulgação desta lei, passou-se a denominá-la de sentença arbitral, tendo em vista que produz os mesmos efeitos da sentença judicial.<sup>29</sup>

Conforme já exposto, o art. 35 da Lei nº de Arbitragem, com a alteração realizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, exige a homologação da sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça.

---

<sup>25</sup> Antes da Lei nº 9.307/96, o laudo arbitral estrangeiro necessitava ser duplamente homologado. Para ser homologado pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, para que o laudo produzisse efeitos internamente, deveria ser homologado judicialmente no país de origem, tendo em vista que não era equiparado a uma sentença estrangeira.

Dessa forma, para que o laudo fosse homologado no Supremo, cabia averiguar o preenchimento dos requisitos impostos à homologação de sentença estrangeira, previstos no art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 483 do Código de Processo Civil.

No entanto, com a promulgação da Lei nº 9.307/96, exigiu-se tão-somente a homologação pelo Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 35: “para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.”

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, passou a ser do Superior Tribunal de Justiça a competência para homologar sentença estrangeira.

<sup>26</sup> LEMOS, Selma Maria Ferreira. *O uso da arbitragem na Administração Pública*. Jornal Valor Econômico: Caderno Legislação e Tributos, São Paulo, 19/08/2003, p. E-2, Apud: CASTRO, Andréa Rabelo. *Fundamentos Constitucionais da Arbitragem no Setor Público*. Monografia para título de especialista em Direito Público no IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, p. 18

<sup>27</sup> DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 24

<sup>28</sup> Idem. p. 25

<sup>29</sup> Idem. p. 36

Para Carlos Augusto da Silveira Lobo, não existe diferença ontológica entre arbitragem interna e arbitragem internacional, sendo que no Brasil, na Holanda e na Inglaterra são utilizadas as mesmas normas tanto para a arbitragem interna quanto para a internacional. A Lei nº 9.307/96 não prevê propriamente a arbitragem internacional, mas sim a sentença arbitral estrangeira.<sup>30</sup> Com base na legislação brasileira, propõe o autor em definir arbitragem comercial internacional como aquela que “produz uma sentença conectada a sistemas legais de dois ou mais países: o em que foi proferida e o (s) em que deverá ser executada”.<sup>31</sup>

Dessa forma, a arbitragem internacional seria identificada pela sentença arbitral, isto é, para a Lei nº 9.307/96, não há sentença arbitral internacional, mas sim sentença estrangeira, que deve ser homologada no país em que será executada.

Portanto, a Lei de Arbitragem adotou a solução monista, tendo em vista a igualdade de tratamento para ambas as arbitragens. No entanto, Philippe Fouchard e João Bosco Lee criticam essa opção legislativa, vez que submete a arbitragem internacional às tradições do direito interno.<sup>32</sup>

Já a Lei Modelo da UNCITRAL (lei modelo publicada pela Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional) considera como sendo arbitragem comercial internacional também as sentenças proferidas e executadas num mesmo país, cujo objeto esteja relacionado a outro Estado ou que as partes tenham convencionado que a matéria se refere a mais de um país.

De acordo com Carmem Tibúrcio<sup>33</sup>, a legislação brasileira adota o critério geográfico da sede do tribunal para caracterizar a nacionalidade da arbitragem, isso em virtude de interpretação a *contrario sensu* do art. 34, parágrafo único da Lei nº 9.307/96 (“Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”). Nesse caso, se a sede do tribunal for no Brasil, a arbitragem será interna,

---

<sup>30</sup> De acordo com Guido Fernando Silva Soares, “na hipótese de numa arbitragem haver a incidência de leis estrangeiras, se a sentença arbitral for proferida no Brasil, ela será brasileira, ainda que haja importantes e muito relevantes vínculos significativos com sistemas jurídicos estrangeiros. Da mesma forma, uma arbitragem, cuja sentença tenha sido prolatada no estrangeiro, será estrangeira, ainda que não haja qualquer elemento estrangeiro relevante nas relações *sub studio*”. SOARES, Guido Fernando da Silva. *As Arbitragens Internacionais e Aquelas Reguladas no Direito Interno Brasileiro*, nos Termos da Lei nº 9.307 de 23.9.1996. Alguns Aspectos *in* MARTINS, Pedro Batista e GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). *Reflexões sobre Arbitragem*, Ed. LTr, São Paulo, 2002, p. 497, Apud: ALMEIDA, op. cit., p. 08 e 09

<sup>31</sup> LOBO. op. cit., In: ALMEIDA. op. cit. p. 10

<sup>32</sup> FOUCARD, Philippe. *Sugestões para aumentar a eficácia internacional das sentenças arbitrais*. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 3, nº 8, p. 342; LEE, João Bosco. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 4, nº 11, p. 348; Apud: LOBO. op. cit., In: ALMEIDA. Op. cit., p. 08

<sup>33</sup> DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., 37

mesmo que as partes não sejam nacionais ou que a disputa tenha natureza internacional, embora, a princípio, a natureza da arbitragem não seja relevante para a determinação da lei aplicável quanto ao mérito, vez que se admite a escolha da legislação pelas partes.

A respeito do conceito de arbitragem, Jorge Fontoura entende que o termo arbitragem foi banalizado, devendo-se delimitar as características essenciais desse instituto.<sup>34</sup>

A primeira característica é a liberdade das partes, corolário do princípio da autonomia das vontades, no que se refere à escolha dessa solução de conflito, bem como do árbitro. Em razão disso, aquele autor critica aquelas câmaras arbitrais que já possuem uma lista de árbitros com *numerus clausus*, além de tribunais de revisão arbitral, cujo corpo de árbitros já está formado ou se exige que os árbitros sejam membros de Cortes Supremas.

De modo geral, as soluções alternativas de conflito se dividem em negociação, mediação e arbitragem. Em relação à primeira, não há a presença de um terceiro colaborando na solução do conflito, como ocorre na mediação. Diferentemente, no processo arbitral, o árbitro profere uma decisão que deverá ser observada pelas partes, deixando de meramente auxiliar na solução.<sup>35</sup>

Portanto, o que essencialmente distingue a arbitragem das demais soluções alternativas de conflitos é a substitutividade do árbitro, tendo em vista que é este quem efetivamente decide a questão.<sup>36</sup>

Da mesma forma, a arbitragem não pode ser imposta por nenhuma das partes, sob pena de violar o princípio da autonomia.

Além disso, a sentença arbitral é obrigatória, devendo ser cumprida e respeitada pelas partes. Segundo o autor citado, “a experiência da grande arbitragem internacional demonstra à *outrance* serem as decisões arbitrais cumpridas. Se isso não ocorresse, pelos custos e pelo poder que encerram, seria total irracionalidade da parte irresignada, a gerar prejuízos comerciais incalculáveis, maiores que o valor da condenação, acrescido de honorários advocatícios e custas arbitrais”.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> FONTOURA, José. “Os pressupostos da arbitragem e a solução de controvérsias em Blocos Econômicos”, In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem, estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*, São Paulo, 2007, p. 127

<sup>35</sup> “Entende-se a mediação como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual, disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br), volume V, 2010, p. 65

<sup>36</sup> PINHO. op. cit., p. 70

<sup>37</sup> LEMES, CARMONA, MARTINS. op. cit, p. 129

Juan Luis Colaiácovo e Cynthia Alexandra Colaiácovo apontam outra característica da arbitragem: seria um processo consensual sem procedimento definido, uma vez que as partes escolhem a forma com que será conduzida a arbitragem, optam pela arbitragem institucional, cuja instituição já possui regras próprias, como a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, ou então, adotam a Lei Modelo da UNCITRAL.<sup>38</sup>

No que diz respeito à nacionalidade da arbitragem, ou da sentença, faz-se necessário determiná-la em razão de três aspectos: 1) em princípio, a lei dessa nacionalidade irá reger a arbitragem; 2) fixa o tribunal estatal que poderá intervir no processo arbitral, se necessário e 3) identifica a legislação que irá amparar a execução da sentença arbitral.<sup>39</sup>

Existem alguns critérios para se determinar a nacionalidade da arbitragem, como o do lugar da sede do tribunal, o da proximidade, da nacionalidade das partes, etc. Cada país adota um critério para distinguir a arbitragem interna da internacional. Na Inglaterra, por exemplo, o *Arbitration Act 1996* determina que a convenção de arbitragem doméstica seja aquela que 1) nenhuma das partes possua nacionalidade de outro Estado que não do Reino Unido ou que resida em outro país; 2) a empresa incorporada ou sua administração central, bem como o controle não sejam exercidos fora do Reino Unido; e 3) que a sede do tribunal de arbitragem seja a Inglaterra.<sup>40</sup>

Em relação à possibilidade de livre escolha pelo árbitro ou pelas partes das regras que serão aplicadas na arbitragem, no Brasil o entendimento varia conforme a adoção da natureza jurídica da arbitragem. A doutrina (majoritária) que adota a teoria jurisdicional - cujo fundamento seria a Lei nº 9.307/96, já que não obriga a homologação judicial da sentença arbitral – entende que “a nomeação dos árbitros, a validade da convenção arbitral, os poderes dos árbitros e a execução do laudo, tudo isto se baseia na lei nacional do lugar em que a arbitragem ocorre.”<sup>41</sup> Mortara, o precursor desta teoria, defendeu que o árbitro é investido de jurisdição, já que sua atividade é idêntica ao dos juízes oficiais.<sup>42</sup>

A teoria contratual defende que a arbitragem corresponde a “privatização da justiça”, pois que sua origem é a vontade das partes. Conseqüentemente, são as partes

---

<sup>38</sup> COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática*; tradução do original por Adilson Rodrigues Pires, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 97

<sup>39</sup> DOLINGER, e TIBÚRCIO. op. cit., p. 91

<sup>40</sup> TWEEDDALE, Keren; TWEEDDALE, Andrew. *A practical approach to Arbitration Law*, ed. Blackstone, Londres, 1999, p. 273

<sup>41</sup> DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 95

<sup>42</sup> MORTARA, Ludovico. *Manuale della procedura civile*. Torino: Utet, 1916, v. 2, p. 547, Apud: ALVIM, ob. cit. 41

que escolhem os árbitros, as regras processuais e o lugar da sede do tribunal.<sup>43</sup> O principal defensor desta teoria foi Chiovenda que entendia ser a arbitragem desprovida de jurisdição. No entanto, Carreira Alvim destaca que no direito italiano se exige homologação judicial para a sentença arbitral ter força cogente. Portanto, o pensamento de Chiovenda é concernente à legislação de seu país.<sup>44</sup>

Para a teoria mista a arbitragem tem origem na autonomia da vontade, mas não pode se desenvolver fora do sistema jurídico estatal, em que o Estado exerce certo controle sobre essa solução alternativa de conflitos.

Segundo a teoria autônoma:

“a arbitragem internacional tem fundamento e se desenvolve com base na suas próprias regras, sem qualquer ligação com um sistema jurídico nacional. Como o desenvolvimento da arbitragem se deu em função dos interesses dos negócios e da necessidade de um método rápido e eficiente na solução das disputas, a arbitragem segue regras próprias elaboradas a partir de anos de prática. A óbvia consequência dessa teoria é a desnacionalização da arbitragem e sua consequente caracterização como transnacional, sem vinculação a um país determinado”.<sup>45</sup>

Portanto, para essa teoria não importam as restrições internas quanto à capacidade do Estado para participar de arbitragem, uma vez que existem regras próprias no plano transnacional.

Carlos Augusto da Silveira Lobo critica a tese de existência de uma arbitragem transnacional, completamente desligada das leis nacionais, por considerá-la utópica, já que a arbitragem ainda depende do aparelho judiciário estatal para executar suas sentenças.<sup>46</sup>

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, no Resp 606345/RS, a arbitragem possui caráter híbrido “na medida em que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro,

---

<sup>43</sup> No Brasil, alguns juristas seguem essa doutrina, tais como o Sérgio Bermudes, Vicente Greco Filho e Alexandre Freitas Câmara. Cf. DONLIGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 95

<sup>44</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Direito Arbitral*, Rio de Janeiro: Forense, p. 38

<sup>45</sup> DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 96

<sup>46</sup> LOBO. op. cit., In: ALMEIDA. op. cit., p. 14

juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário”.<sup>47</sup>

Em relação à natureza da atividade abrangida na arbitragem *comercial* internacional, Fouchard, Gaillard e Goldman entendem que “neste contexto (...) o comércio internacional designa todas as transações econômicas através das fronteiras, e em caso algum remete para a noção interna, estrita e técnica, de acto de comércio ou de comerciante”.<sup>48</sup>

A Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa considera a arbitragem comercial qualquer “relação da vida privada internacional, em sentido lato, e não apenas a relações comerciais *stricto sensu*, ou a relações entre comerciantes”.<sup>49</sup>

Apesar da crescente utilização do instituto da arbitragem, quando se trata de litígio administrativo, o tema torna-se polêmico, entendendo parte da doutrina brasileira que o Estado não pode deixar de observar o princípio da legalidade, havendo necessidade de autorização legal específica para que o ente estatal se submeta a arbitragens comerciais. Além do mais, sustentam que o Estado não poderia dispor de assunto referente ao interesse público, isto é, para se utilizar da arbitragem comercial internacional, deve o Estado possuir arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva.

#### **4. Sobre a possibilidade de participação do Estado em arbitragem comercial internacional**

##### **4.1 Arbitrabilidade subjetiva**

Quando se discute a possibilidade de participação do Estado em arbitragens comerciais internacionais, está-se falando de *arbitrabilidade*, que significa a “possibilidade de um litígio ser submetido a arbitragem voluntária (...) tendo em conta não só a natureza do objecto do litígio, como também a qualidade das partes”<sup>50</sup>. A primeira corresponderia a arbitrabilidade objetiva e a segunda, a arbitrabilidade subjetiva.

Nesse aspecto, deve-se analisar se o Estado possui capacidade para participar em arbitragens, no que se refere à aptidão dos entes públicos, bem como quais matérias poderão ser objeto desse meio de solução alternativa de litígio. Afirmado positivamente pela capacidade de participação do Estado nas arbitragens, questiona-se

---

<sup>47</sup> RESP 606345/RS, Ministro Relator João Otávio de Noronha, DJ 08/06/2007, disponível no site [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), acesso em 22/08/2011

<sup>48</sup> FOUCARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel e GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'Arbitrage Commercial International*. Litec, Paris, 1996, p. 38, Apud: OLIVEIRA, op. cit., p. 15

<sup>49</sup> OLIVEIRA. op. cit., p. 16

<sup>50</sup> OLIVEIRA. op. cit., p. 10

se o ente estatal poderia levar todas as matérias para a via arbitral (arbitrabilidade objetiva).

Para Ana Perestrelo de Oliveira, há diferença conceitual de arbitrabilidade subjetiva para a arbitragem interna e para a internacional. Segundo essa autora, em relação à arbitrabilidade objetiva na esfera internacional, o critério acaba sendo absorvido pela regra da arbitrabilidade subjetiva, vez que o princípio de ordem pública internacional impede o Estado de invocar a lei nacional para não cumprir Convenção celebrada.<sup>51</sup>

Dessa forma, a arbitrabilidade subjetiva internacional não está relacionada à capacidade do Estado de solucionar seus conflitos pela via arbitral mediante autorização legal de sua lei nacional. Esse tipo de arbitralidade é objeto das próprias convenções internacionais celebradas.

De acordo com essa autora, a lei de arbitragem portuguesa segue a tendência da maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros,<sup>52</sup> os quais admitem a ampla participação do Estado em arbitragens, prevendo somente um princípio geral de arbitrabilidade. Ao invés disso, outros ordenamentos não adotam a arbitrabilidade como regra, admitindo algumas exceções. Considera a autora o Brasil dentre os países que admitem a arbitralidade ampla, tendo em vista que a lei não proíbe expressamente, como ocorre na França, em que o art. 2060 do *Code Civil* proíbe a arbitragem para os entes públicos (“*collectivités publiques et établissements publics*”)<sup>53</sup>.

Em Portugal é polêmica a participação em arbitragem comercial do ente estatal quando o objeto se trata de ato de império, sendo que para os atos de gestão é evidente a possibilidade, tendo em vista que nesse caso o Estado atua como se particular fosse.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> “Como explicar, na verdade, que o Estado pudesse invocar eventuais restrições constantes da sua lei nacional com vista a subtrair-se à convenção de arbitragem que livremente concluiu? *Maxime*, como compatibilizar a solução com os princípios (universalmente válidos) da boa-fé e da proibição de agir *contra factum proprium*, bem como com o imperativo de segurança nas relações comerciais internacionais? Confirma-se, pois, que a qualificação como questão de ‘capacidade’ não é capaz de respeitar os valores em jogo – o princípio da confiança e as necessidades do comércio internacional – devendo, por isso, ser rejeitada”. OLIVEIRA. op. cit., p. 112

<sup>52</sup> OLIVEIRA. op. cit., p. 34

<sup>53</sup> Todavia, parte da doutrina brasileira entende que há necessidade de autorização legal específica para que a Administração Pública participe da arbitragem, em razão do princípio da legalidade. Vide, DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 426.

<sup>54</sup> “Insistimos já que a arbitrabilidade dos litígios com entes públicos varia consoante o litígio emerge de uma relação jurídica de Direito privado ou de uma relação jurídica de Direito público. No que respeita aos litígios de Direito privado, o problema é de simples resolução: uma vez que o ente público actua *jure gestionis*, como qualquer privado, não se compreenderia que eventuais diferendos surgidos nesse âmbito de actuação não pudessem, nos termos gerais, ser submetidos a arbitragem, como se de verdadeiro diferendo *inter privados* se tratasse. (...) Quando em causa estão litígios relativos a relações de Direito público, a questão assume maior complexidade.” OLIVEIRA, op. cit., p. 39 - 40

Na França, apesar do Código Civil proibir a via arbitral para os entes públicos, a jurisprudência admite sua participação na arbitragem comercial internacional, e no plano interno, diversas leis prevêm a autorização específica.

A Convenção de Genebra sobre arbitragem comercial internacional já previa a “capacidade das pessoas coletivas de Direito público para se submeterem a arbitragem” (art. 2º, §1º), podendo o Estado formular uma reserva no momento da assinatura ou da ratificação.

Embora a Convenção de Washington não tenha previsão expressa da arbitrabilidade estatal, demonstra aceitação da participação do Estado em arbitragens internacionais.

A mais importante convenção internacional sobre arbitragem, a Convenção de Nova Iorque, de 10 de junho de 1958, que trata do reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, tem como objetivo simplificar os requisitos de reconhecimento e de execução, sendo aplicada a relações jurídicas de qualquer natureza, independentemente da nacionalidade dos sujeitos.<sup>55</sup> Essa Convenção está ratificada por quase todos os países relevantes que participam do comércio internacional.

De modo geral, ao contrário do que dispõe a Lei nº 9.307/96, que prevê a possibilidade de cláusula compromissória somente na hipótese de solução de um litígio contratual, a Convenção de Nova Iorque admite a arbitragem para qualquer negócio jurídico, seja contratual ou não. Em razão disso, Carlos Augusto da Silveira Lobo entende que o Superior Tribunal de Justiça tem o dever de homologar sentença arbitral estrangeira mesmo que o objeto não seja um contrato.<sup>56</sup>

De acordo com Fouchard/Gaillard/Goldman<sup>57</sup> e Lima Pinheiro<sup>58</sup>, a Convenção de Nova Iorque não trata da arbitrabilidade subjetiva do ente estatal, devendo aferir-se a incapacidade na lei aplicável ao caso. Essa é uma interpretação dada a partir da leitura da seguinte norma do artigo V, §1º, al, a) daquela Convenção: “como causa de recusa do reconhecimento ou execução da sentença arbitral, a ‘arbitrabilidade das partes outorgantes na convenção (...), *nos termos da lei que lhes é aplicável*’”. Essa regra visa garantir maior aceitabilidade da sentença na ordem jurídica em que será executada.

---

<sup>55</sup> OLIVEIRA. op. cit., p. 116

<sup>56</sup> LOBO. op. cit., In: ALMEIDA. op. cit. p. 21

<sup>57</sup> FOUCARD, *Traité...*, op. cit., p. 1000, Apud: OLIVEIRA. op. cit., p. 117

<sup>58</sup> PINHEIRO, Lima. *Arbitragem*, ...p. 219 e 300, Apud: OLIVEIRA, op. cit., p. 117

Igualmente, a jurisprudência arbitral admite a participação dos Estados e entes públicos em arbitragem comercial internacional, independentemente das disposições da lei nacional.<sup>59</sup>

Também fazendo referência à arbitrabilidade subjetiva, a Resolução do Instituto de Direito Internacional prevê que “um Estado, uma empresa do Estado ou uma entidade estatal não podem invocar a sua incapacidade para concluir uma convenção de arbitragem para recusar participar numa arbitragem internacional na qual consentiram”<sup>60</sup>.

No Brasil, antes da Lei nº 9.307/96, a doutrina majoritária e a jurisprudência eram contrárias à submissão do Estado à arbitragem em virtude do princípio da indisponibilidade do serviço público. A exigência de autorização legal específica remonta ao período em que se dava o mesmo tratamento jurídico da alienação de bens públicos à arbitragem envolvendo a Administração.

Todavia, no plano internacional entendia-se que o Estado tinha capacidade para participar de arbitragem comercial, tendo em vista que o parágrafo único do art. 45 do Decreto-lei nº 2.300/86 (lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal), após alteração pelo Decreto-lei nº 2.348/87, admitia a arbitragem nos contratos firmados com pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no exterior, para aquisição de bens ou serviços cujo pagamento fosse feito com o produto de financiamento concedido por organismo internacional de que o Brasil fizesse parte, nos casos de contratação com empresa estrangeira para compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Presidente da República, conforme dispunha o §13 do art. 25 do Decreto-lei nº 2.300/86.

Atualmente ainda não há consenso em relação à arbitrabilidade subjetiva, mesmo sendo o objeto um contrato administrativo, cujo princípio da autonomia da vontade também favorece ao Estado. Defende-se que o ente público estaria condicionado a uma autorização legal específica, em virtude do princípio da legalidade, já que a regra geral estipulada pela Lei nº 8.666/93 é a previsão de cláusula de eleição de foro nos contratos administrativos.<sup>61</sup> Contra essa tese, alega-se que o art. 1º da Lei nº

---

<sup>59</sup> DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 415/418

<sup>60</sup> “A State, a state enterprise, or a state entity cannot invoke incapacity to arbitrate in order to resist arbitration to which it has agreed”. Este princípio está previsto no art. 5º da Resolução de 1989 do Instituto de Direito Internacional sobre Arbitragem entre Estados, empresas ou entidades estatais e empresas estrangeiras. O Instituto é uma organização internacional privada com o propósito de desenvolver o progresso do Direito Internacional. Disponível no site [www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org) Cf. OLIVEIRA. op. cit., p. 122

<sup>61</sup> “(...) não ser possível a interdição do Juízo Arbitral, mesmo nas causas contra a Fazenda, o que importaria numa restrição à autonomia contratual do Estado que, como toda pessoa *sui generis*, pode prevenir o litígio, pela via transacional, não se lhe podendo recusar esse direito, pelo menos na sua relação de natureza contratual ou privada, que só esta pode comportar solução, pela via arbitral, dela

9.307/96 não exclui a pessoa jurídica de direito público, prevendo de forma geral, que “*as pessoas capazes de contratar* poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

A Lei de Licitação não é o único diploma legal que trata da arbitragem. Além disso, é uma lei sob certo ponto obsoleta quanto à questão da arbitrabilidade estatal, devendo-se fazer uma interpretação sistemática e evolutiva de suas normas, em razão da nova concepção de contrato administrativo, cujo contratado é considerado um investidor para o país. Odete Medauar destaca que o princípio da legalidade não faz supor que a Administração Pública deva se respaldar sempre numa lei específica para cada ato administrativo, sob pena de paralisar suas atividades. Do mesmo modo, agir conforme a lei tem um significado amplo e sistemático. A arbitrabilidade subjetiva do Estado não está regida somente pela Lei de Licitações, mas também por normas constitucionais, por outras normas infraconstitucionais, por princípios e até mesmo por normas infralegais.<sup>62</sup>

Portanto, a interpretação sistemática que se deve dar à regra que impõe a previsão de cláusula de eleição de foro no contrato administrativo é dirigida para as questões que versam sobre direito indisponível, tendo em vista que para os casos referentes a direitos disponíveis, a Lei nº 9.307/96 previu a cláusula compromissória, a qual vincula as partes ao processo arbitral. Na visão de Carlos Alberto Carmona:

“A Lei de Licitações não determina que toda e qualquer controvérsia oriunda dos contratos dos contratos celebrados com a Administração seja dirimida pelo Poder Judiciário, pois se assim fosse não poderia haver resolução de pendências contratuais através da transação; o texto legal exige, isso sim, que se as partes tiverem que acorrer ao Poder Judiciário, será competente o juízo do foro da sede da Administração, e não órgão judicial situado em outra região geográfica.”<sup>63</sup>

Ademais, esse autor defende que a eleição de foro no contrato administrativo não é incompatível com a arbitragem, já que o Judiciário pode vir a ser procurado para prestar uma tutela jurisdicional que o árbitro não poderia por ausência de competência, como a execução de medida cautelar.

---

excluídas aquelas em que o Estado age como Poder Público, que não podem ser objeto de transação”. STF, AI 52.181/GB, Rel. Min. Bilac Pinto, DJU 15 fev. 1973, disponível no site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 23/08/2011

<sup>62</sup> Para Odete Medauar, um dos significados operacionais do princípio da legalidade é o de permitir a Administração Pública de adotar medidas e atos, tendo como fundamento uma base legal de caráter amplo, que por vezes é tão-somente uma norma de competência. Essa função administrativa consiste na produção de normas infralegais, que não passam pelo crivo do Poder Legislativo. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 15ª ed., 2011, p. 132

<sup>63</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, Malheiros ed., 1998, p. 54

Selma Lemes destaca que atualmente os contratos administrativos caracterizam-se pela grandeza do empreendimento, dependendo o Estado e a sociedade civil do sucesso desse negócio. Dessa forma, prioriza-se o equilíbrio das partes na relação contratual, para que a transação seja vantajosa tanto para o setor privado quanto para o Estado.<sup>64</sup> Os meios alternativos de solução de conflito ganham relevância no Direito Administrativo em razão da nova roupagem do contrato administrativo, o qual passa a ter como objetivo o crescimento econômico, com o desenvolvimento da infraestrutura. Como exemplo, os contratos para aquisição de tecnologia e transferência de *know-how* são fundamentais para o país, não sendo mais possível invocar a figura do Estado autoritário. Ao invés disso, o Estado hoje se socorre dos princípios jurídicos do Direito Privado para buscar mais liberdade e eficácia nos negócios. Diante desse cenário, “a arbitragem encontra solo fértil para ser analisada no âmbito dos contratos administrativos”.<sup>65</sup>

Outro aspecto da arbitrabilidade subjetiva é a questão da imunidade jurisdicional<sup>66</sup>. De acordo com o art. 55, § 2º, da Lei nº 8.666/93, deve haver no contrato administrativo uma cláusula prevendo o foro da sede da Administração Pública, sendo, portanto, a renúncia à imunidade de jurisdição inadmitida na legislação brasileira, exceto nas hipóteses previstas no art. 32, §6º da lei citada, quais sejam: 1) licitação internacional para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento foi feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação; 2) contratação de empresa estrangeira para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior; e 3) aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior. Como se nota, são exceções taxativas, que devem ser interpretadas restritivamente.

Segundo Eros Roberto Grau, o princípio da imunidade de jurisdição não é absoluto, conforme vários exemplos ocorridos na jurisdição estrangeira, como as ações indenizatórias contra as empresas de tabaco ajuizadas pelos entes federativos brasileiros nos Estados Unidos. Também não se deve relacionar arbitragem internacional com a

---

<sup>64</sup> “Nesta óptica, passa-se a dar maior relevo à igualdade de tratamento contratual, tal como no Direito Privado, sem com isso deixar de acatar as cláusulas exorbitantes, peculiares aos contratos administrativos. À luz desses novos paradigmas, alicerçados nos princípios jurídicos da igualdade, legalidade, boa-fé, justiça, lealdade contratual, do respeito aos compromissos recíprocos das partes, da eficiência, da subsidiariedade etc., a Administração é conduzida a eleger formas mais dinâmicas de solução de controvérsias (mediação, conciliação e arbitragem), que envolvam direitos patrimoniais disponíveis nos contratos administrativos e que gravitam em torno das cláusulas econômicas e financeiras (equilíbrio econômico-financeiro), que se referem a direitos patrimoniais (...)”. LEMES. op. cit., p. 53 e 54

<sup>65</sup> LEMES. op. cit., p. 58

<sup>66</sup> “A legislação brasileira é contrária à submissão do Estado brasileiro à jurisdição estrangeira”. DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 397

ideia de imunidade jurisdicional, pois o que se evita com a arbitragem é exatamente a jurisdição.<sup>67</sup>

Para os doutrinadores ingleses Julian D M Lew, Loukas A Mistelis e Stefan M Kröll, o princípio da imunidade internacional deixou de ser absoluto no século XX em razão do crescimento da participação dos Estados em atividades comerciais. Essa tendência se reflete nas convenções internacionais, como a *European Convention on State Immunity* e em leis nacionais, como o *English State Immunity Act*. No caso *Kuwait Airways v Iraqi Airways*, foi decidido que se o Estado participa do comércio internacional em condições de igualdade com o particular, não havendo justificativa para se evitar as conseqüências econômicas de seus atos. Além disso, se um Estado firmou cláusula compromissória, não poderá mais tarde invocar a imunidade jurisdicional para resistir ao tribunal arbitral, sob pena de violar o princípio da boa-fé.<sup>68</sup>

Favorável à arbitrabilidade subjetiva do Estado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, com base no art. 4º, VII, da Constituição da República, admite a participação do Estado brasileiro em arbitragens internacionais (“art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) VII – solução pacífica dos conflitos”).<sup>69</sup>

Para Clávio Valença Filho, “a validade das convenções de arbitragem insertas em contratos administrativos deriva diretamente da natureza jurisdicional da arbitragem, sendo, para tanto, despicienda qualquer forma de autorização legislativa”.<sup>70</sup>

Antenor Madruga entende que o Estado brasileiro pode renunciar à imunidade de jurisdição por se tratar de ato de gestão de representação judicial, na hipótese do interesse estatal ser mais bem defendido em tribunal estrangeiro.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> GRAU, Eros Roberto. *Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória*. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 5, nº 18, outubro-dezembro de 2002, p. 397-398

<sup>68</sup> LEW, Julian D M; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*, Klumer Law International, 2003, p. 744-746

<sup>69</sup> “Na órbita externa, rege a matéria o princípio fundamental estabelecido no art. 4º, VII, da Constituição Federal, que aponta o emprego das vias pacíficas – portanto consensuais – para dirimir controvérsias em que seja parte a República Federativa do Brasil e suas subdivisões. Nestas hipóteses, portanto, o Estado não está apenas autorizado, mas constitucionalmente obrigado a esgotar as soluções de consenso, compreendida a arbitragem, *podendo atingir até mesmo interesses indisponíveis*, sem qualquer outro limite que a observância da proporcionalidade entre valores preservados e valores sacrificados”. (grifo acrescentado) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. In: Revista de Direito Administrativo, 209, julho-setembro de 1997, p. 87 Na opinião de Carmem Tibúrcio, as normas do art. 4º referem-se às questões de direito internacional público. Cf. DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 405

<sup>70</sup> VALENÇA FILHO, Clávio. *Arbitragens e contratos administrativos*, Revista de Direito Bancário, Do Mercado de Capitais e da Arbitragem ano 3, nº 8, abril-junho de 2000, p. 372

<sup>71</sup> MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado Brasileiro e o Novo Direito da Imunidade de Jurisdição*, Biblioteca de Teses, Renovar, p. 375 e 418 (2003), Apud: Idem.

Em suma, parte da doutrina defende que a Administração Pública pode firmar uma cláusula compromissória em razão da aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos nos acordos administrativos. Outra entende que a autorização legislativa geral para o Estado se utilizar da via arbitral é a prevista na Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95) ou na Lei Geral de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), sendo que outra corrente admite a arbitragem somente para as empresas públicas e sociedades de economia mista com fundamento no art. 173, §1º, da Constituição da República.<sup>72</sup>

Contrariamente, Lúcia Valle Figueiredo entende que as normas processuais de ordem constitucional não podem ser alteradas pela lei infraconstitucional, concluindo, assim, que o uso da arbitragem pelo Estado é inconstitucional.<sup>73</sup> Na visão de Castro Nunes<sup>74</sup>, são conciliáveis a arbitragem e as normas constitucionais processuais, pois as partes possuem liberdade em optar pelo meio alternativo ou pela jurisdição estatal. O que não pode fazer a legislação infraconstitucional é proibir o acesso à Justiça.

Importante mencionar a interpretação de Pedro Batista Martins, para quem os diplomas legais específicos que fazem menção à arbitragem têm “objetivo didático do legislador”<sup>75</sup>. Não é lógico permitir o uso da via arbitral para alguns entes estatais e para outros alegar a incapacidade, sendo que todos integram a Administração Pública. No mesmo sentido, Selma Lemes defende que a capacidade do Estado para participar da arbitragem comercial tem respaldo na Lei nº 9.307/96, uma vez que esse estatuto não prevê aplicação específica para as pessoas jurídicas de direito privado.<sup>76</sup>

Por sua vez, para a jurisprudência arbitral a cláusula compromissória representa renúncia à imunidade de jurisdição, a qual se aplica mesmo em se tratando de ato de império, sob pena de violação do princípio da boa-fé.<sup>77</sup> Ressalta-se que somente o

---

<sup>72</sup> Adilson Abreu Dallari defende a aplicação supletiva do Código Civil para possibilitar a arbitragem ao Estado. *Arbitragem na Concessão de Serviço Público*, Revista de Informação Legislativa do Senado Federal 128/65, 2003, Apud: DOLINGER e TIBÚRCIO. Op. cit., p. 426

<sup>73</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 7ª ed, 2004, p. 108, Apud: LEMES. op. cit., p. 75

<sup>74</sup> NUNES, Castro. *Da Fazenda Pública em juízo*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1950, p. 279, Apud: Idem, p. 77

<sup>75</sup> MARTINS, Pedro Batista. *O Poder Judiciário e a arbitragem. Quatro anos da lei nº 9.307/96 (3ª parte)*, RDBA, 12:334, abr./jun., 2001, Apud: Idem, p. 84

<sup>76</sup> LEMES. op. cit., p. 83

<sup>77</sup> “Em decisão CCI recente, de 2002, no Caso nº 11.559, o tribunal arbitral sediado em Paris rechaçou a alegação das Requeridas (empresas que integram a administração pública no Brasil) de que a cláusula arbitral por elas firmada era inválida com base na lei brasileira. Sustenta o tribunal: ‘Assim, por respeito da vontade das partes, em tutela do princípio da boa-fé e em aplicação do princípio que proíbe o venire contra factum proprium impõe-se a conclusão de que não é lícito às Requeridas, em contradição com todo o seu descrito comportamento anterior, vir agora argüir a invalidade da renúncia á imunidade de

Estado pode renunciar esse privilégio, pois as demais subdivisões administrativas não possuem soberania.

Por fim, corroborando a tese da capacidade de entes estatais na arbitragem comercial, a PEC 96 de 1992, que vedava o uso da arbitragem para o Estado, foi afastada embora já tivesse sido aprovada pela Câmara dos Deputados. Para Arnaldo Wald essa proposta de emenda constitucional contrariava os verdadeiros interesses do país, representando um retrocesso diante da legislação vigente.<sup>78</sup>

#### 4.2 Arbitrabilidade objetiva

Outra condição exigida pelo art. 1º da Lei nº 9.307/96 para que um conflito possa ser submetido ao processo arbitral é a disponibilidade do objeto, devendo a matéria ter natureza patrimonial disponível. Caio Mário da Silva Pereira entende que direitos patrimoniais seriam os avaliáveis pecuniariamente, fazendo parte de uma relação jurídica mensurável economicamente.<sup>79</sup>

Sobre esse tema, o Tribunal de Contas da União<sup>80</sup> já alegou que a Administração Pública não pode se submeter à arbitragem, tendo em vista que o interesse público é indisponível. Ocorre que não se deve opor o direito disponível ao interesse público, pois esse princípio deve ser aplicado indistintamente, isto é, em qualquer função administrativa se deve observar o interesse público. De acordo com Eros Roberto Grau, a disponibilidade dos direitos patrimoniais não acarreta necessariamente na disposição do interesse público.<sup>81</sup>

Visando compatibilizar o princípio da indisponibilidade do interesse público e o exercício da administração, a doutrina alemã distinguiu em dois níveis de categoria o exercício da Administração Pública: primária e secundária, sendo apenas a segunda

---

*jurisdição e da convenção de arbitragem que livremente acordaram com a Requerente”*. In: DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 418

<sup>78</sup> WALD, Arnaldo. *A Infra-estrutura, as PPPs e a Arbitragem*, In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 5, abril-junho de 2005, p. 23

<sup>79</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*, 20 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol 1, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Arbitragem e regulação*, Revista de Arbitragem e Mediação, ano 7, nº 27, out-dez/2010, p. 77

<sup>80</sup> “De outro lado, admitir-se a utilização de juízo arbitral em contratos administrativos seria, para nós, afrontar uma série de princípios de direito público, dentre os quais se avultam (alguns deles, em verdade, consectários de outros citados): (...) b) o da indisponibilidade do interesse público pela Administração. (...) Fere também o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois ao entregar a terceiro que não o Estado-juiz o poder de decidir sobre a sorte de interesse que a ela, Administração, incumbe curar, o efeito prático disso é fazer disponível esse bem supremo (o interesse público), ao sabor daquilo que o árbitro constituído venha a deliberar sobre a pendência a ela submetida”. Decisão do TCU no processo nº 8.217/93, In: Revista de Direito Administrativo, 193, jul/set. 1993, p. 342

<sup>81</sup> GRAU. op. cit, p. 404

negociável e flexível.<sup>82</sup> Na proteção do interesse público primário o Estado estará desempenhando suas funções política e legislativa. Quando atua na persecução do interesse da Administração, estará atuando no interesse público secundário. Exemplo de interesse da Administração é o de pagar o menor valor possível a seus credores.<sup>83</sup>

Eduardo Talamini apresenta interessante tese sobre a arbitrabilidade objetiva do Estado. Segundo o autor, existem duas acepções de indisponibilidade provenientes do direito material:

- 1) “a indisponibilidade põe-se como vedação à renúncia de um direito existente”;
- 2) a indisponibilidade configura-se na proibição de se reconhecer direito de outrem, senão pela intervenção jurisdicional.<sup>84</sup>

Somente na primeira hipótese é que se trata de relação de direito público propriamente dita, uma vez que a Administração Pública deve agir independentemente de autorização judicial.

Já a segunda hipótese de indisponibilidade se refere à possibilidade do uso arbitragem pelo Estado, tendo em vista que a via arbitral somente é possível quando não há necessidade da intervenção do Judiciário.

Sendo assim, “se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível”.<sup>85</sup>

A Administração Pública ao se submeter à via arbitral não estará renunciando a direito algum, mas irá tão-somente optar por solucionar alguma lide existente por meio de um processo em que também deve ser respeitado o devido processo legal. Caso haja alguma ofensa à Constituição da República ou à norma infraconstitucional, é possível ajuizar ação anulatória no Judiciário.

---

<sup>82</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 325

<sup>83</sup> GRAU. op. cit. p. 403

<sup>84</sup> TALAMINI, Eduardo. *A (in) disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória)*, disponível em [http://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini/Papers/166348/A\\_in\\_disponibilidade\\_do\\_interesse\\_publico\\_c\\_onsequencias\\_processuais](http://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini/Papers/166348/A_in_disponibilidade_do_interesse_publico_c_onsequencias_processuais), site acessado em 17/03/2011, p. 13

<sup>85</sup> Idem, p. 14

Afirma Eduardo Talamini que a tendência da doutrina brasileira é admitir o uso da arbitragem pelo Estado, nos casos que tratam de interesse patrimonial.<sup>86</sup> Quanto à jurisprudência, citou o autor duas decisões que admitiram a via arbitral para o Estado sem que fosse exigida lei específica (MS 1998002003066-9, Conselho Especial, TJDF, j. 18.05.1999, rel. Nancy Andrighi, DJ 18.08.1999, divulgada na Revista de Direito Bancário 8, 2000, p. 359 e TAPR, apelação 247.646-0, 7ª Câmara Cível, 11.02.2004, rel. J. Lauro Laertes de Oliveira).

Atualmente, a jurisprudência é ainda bastante polêmica em relação à participação da Administração Pública em arbitragem sem lei autorizativa específica.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no Agravo de Instrumento nº 2003.002.07839, não admitiu a arbitragem no caso Guggenheim com base na violação ao princípio da publicidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.<sup>87</sup>

Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança nº 11308/RJ, que tratava de permissão de área portuária, decidiu pelo cabimento da participação da Administração Pública em arbitragem com base na Lei nº 9.307/96, conforme a passagem a seguir:

“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*

---

<sup>86</sup> O autor cita os seguintes autores: Caio Tácito (“Arbitragem nos litígios administrativos”, em RDA, 210, 1997, p. 114-115), Adilson Dallari (“Arbitragem na concessão de serviço público” em RTDP 13, 1996, p. 8-9), Eros Roberto Grau (“Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória”, em Revista de Direito Bancário, 18, p. 401, 2002), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (“Arbitragem nos contratos administrativos”, em RDA 209, 1997, p. 89), Leon Frejda Szklarowsky (“A arbitragem e os contratos administrativos”, divulgado na internet: [www.camarba.com.br/wald.htm](http://www.camarba.com.br/wald.htm)), Carlos Alberto Carmona (“Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, Malheiros, 1998, p. 52 e ss.), Ada Grionover (“Arbitragem e prestação de serviços públicos”, em RDA 233, 2003, p. 377 e ss.), Eliana Calmon (“A arbitragem internacional entre entes públicos”, em Revista Ibero-Americana de Direito Público, 2002, p. 66), Selma Lemes (“Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva”, versão escrita de palestra proferida em 06.05.2003 no Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 5 e ss.) e Gustavo H. J. de Oliveira (“A arbitragem e a nova contratualização administrativa”, em Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu F. Bacellar Filho, Belo Horizonte, Fórum, 2004, p. 273 e ss.).

<sup>87</sup> TJRJ, AI 2003.002.07839, Rel.Des. Ademir Pimentel, julgado em 29/10/2003, disponível no site [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br), acesso em 24/08/2011

*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).” (STJ, MS 11308/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 19/05/2008) (grifo acrescentado)*

Já o Tribunal de Contas da União somente admite a previsão da arbitragem em contratos administrativos por meio de lei específica que autorize cláusula compromissória.

Em 2008, o Tribunal de Contas da União (TCU), analisando contrato de concessão celebrado entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre S.A., admitiu a cláusula compromissória somente nos contratos em que a Administração Pública estivesse em condição de igualdade com o particular, como nos contratos de locação, de seguro, de financiamento, ou seja, diante da natureza disponível do objeto contratual. Com relação aos contratos que envolvem interesse público, somente com autorização legal específica poderia o Estado se socorrer da arbitragem, em virtude da impossibilidade de dispor sobre direito indisponível.<sup>88</sup> Todavia, não foi analisado o mérito do processo, vez que a agência reguladora comprometeu-se em seguir a orientação deste Tribunal.

Em 2009, no julgamento referente ao acordo de cooperação técnica internacional, celebrado entre a Secretaria de Educação do MEC, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), o Tribunal de Contas da União somente admitiu a cláusula compromissória em questão, pois entendeu que se tratava de um tratado regido pelo Direito Internacional Público.<sup>89</sup>

No entanto, ao contrário do que sustenta o TCU, a disponibilidade do direito não está relacionada diretamente com o princípio do interesse público, mas com o aspecto econômico do objeto contratual.

---

<sup>88</sup> TCU, Acórdão 391/2008, Plenário, Rel. Min. Marcos Vilaça, Ata 07/2008, DOU 14/03/2008, disponível no site [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br), acesso em 24/08/2011

<sup>89</sup> “Caso os atos complementares de cooperação técnica fossem considerados convênios administrativos, a validade da cláusula compromissória seria no mínimo discutível (vide, por exemplo, as considerações feitas no Acórdão 537/2006-2ª Câmara, relativa aos contratos, mas em tudo extensíveis aos convênios). Se, ao contrário, considerar-se a natureza de tratado internacional (na modalidade de acordo executivo), a previsão da arbitragem é facilmente justificável.” TCU, Acórdão 1339/2009, Rel. José Jorge, Publicação: Ata 24/2009, sessão de 17/06/2009, disponível no site [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br), acesso em 24/08/2011

Para Cesar Augusto Guimarães Pereira,<sup>90</sup> essas decisões do Tribunal de Contas da União não refletem o entendimento atual da doutrina e da jurisprudência, que admitem a previsão de cláusula compromissória em contratos administrativos, significando isso a possibilidade de alteração das decisões desse órgão.

Sob o enfoque da natureza disponível do contrato administrativo em questão, o Superior Tribunal de Justiça, no MS 11308/DF (2005/0212763-0), decidiu pela possibilidade de inserção de cláusula compromissória. O caso concreto trata de mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia (Portaria Ministerial nº 782/05), que “ratificou os termos da rescisão contratual precedida pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A – NUCLEP (...) do contrato administrativo de arrendamento C-291/AB-001 (...) com a empresa TMC (...) e autorizou tanto a assunção imediata pela NUCLEP, (...) como a ocupação e utilização do local, instalações, necessárias à continuidade do objeto do contrato de arrendamento (...).”<sup>91</sup>

Decidiu o STJ que a doutrina admite a legalidade da submissão do Estado à arbitragem com fulcro em precedente do Supremo Tribunal Federal, conhecido como “caso Lage”, cuja decisão permitiu a arbitragem entre a União e a Organização Lage.

Segundo o precedente, somente os direitos disponíveis, referentes ao interesse da Administração, estão sujeitos à arbitragem, conforme passagem a seguir “(...) 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”. Portanto, somente o interesse público é indisponível, não o interesse da Administração.

De acordo com esse julgado do STJ, aplica-se a Lei nº 9.307/96 ao caso concreto, devendo-se afastar a jurisdição estatal, tendo em vista previsão de cláusula compromissória no contrato administrativo celebrado entre a NUCLEP e a TMC. Dessa forma, julgou-se, por unanimidade, conceder a segurança para determinar que o litígio seja conhecido e solucionado por juízo arbitral.

Marçal Justen Filho entende que, se a indisponibilidade dos direitos da Administração Pública é motivo para se proibir sua participação em arbitragem, pela mesma razão, o Estado não poderia celebrar contratos com particulares, uma vez que na celebração de contratos reconhece-se “autonomia para produzir qualquer manifestação

---

<sup>90</sup> PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ*, Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 5, julho/2007, disponível no site [www.justen.com.br/informativo.php?informativo=5&artigo=283](http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=5&artigo=283), acesso em 19/03/2011

<sup>91</sup> STJ, Mandado de Segurança 11308-DF (2005/0212763-0). Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008, disponível no site [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), acesso em 24/08/2011

de disposição sobre bens e direitos. Veja-se que uma contratação importa a transferência de bens ou direitos da órbita da Administração para a esfera de terceiros”.<sup>92</sup>

Em se tratando de direito ambiental, parcela da doutrina entende pela possibilidade de submeter questões ambientais à arbitragem, tendo em vista a potencial repercussão de caráter patrimonial e disponível que podem surgir a partir da violação de um direito extrapatrimonial e indisponível.<sup>93</sup>

Todavia, o mais comum em tutela ambiental é o objeto se tratar de direito indisponível por se referir a interesse difuso extrapatrimonial, já que o administrado estará em posição de subordinação, conforme o entendimento de Oscar Graça Couto e de Mônica Taves de Campos V. de Carvalho.<sup>94</sup> Segundo os autores, no que se refere a prazos e condições “a lei, a doutrina e a jurisprudência já admitem ‘transação’ (...), seja para *extinguir amigavelmente* ação civil pública já proposta ou em vias de sê-lo (nos casos de inquérito civil em curso), mediante celebração do Compromisso de Ajustamento de Conduta previsto no §6º do art. 5º da Lei nº 7.347/85; seja para *evitar* a propositura da ação, mediante celebração do Termo de Compromisso previsto no art. 60 do Decreto nº 3.179/99”<sup>95</sup>. Em razão disso, entendem ser cabível submeter à arbitragem as questões de prazo e condições, tendo em vista a possibilidade de negociação.

Além da distinção de direitos disponíveis e indisponíveis, existe outra classificação, que divide os atos administrativos em atos de império (poder político) e atos de gestão (poder administrativo).

Apesar da conclusão pela constitucionalidade da arbitragem no caso Lage (STF, Agravo de Instrumento nº 52.181-GB), a Corte ressaltou, com base no parecer de Castro Nunes, que o Estado não pode se submeter à arbitragem quando atuar como Poder Público, isto é, no exercício de atos de império, que não era a hipótese do caso concreto.<sup>96</sup>

---

<sup>92</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 13ª Ed., 2009, p. 539

<sup>93</sup> “Nesses casos, nada obstante o litígio ter por fundamento a violação de direito da personalidade, o objeto litigioso em si mesmo, a controvérsia e a pretensão dos interessados giram em torno da obtenção do *ressarcimento* pelos danos sofridos, razão pela qual poderão valer-se da arbitragem diante do caráter eminentemente *patrimonial* da lide”. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Manual da Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 112, Apud: COUTO, Oscar Graça & CARVALHO, Mônica Taves de Campos V. de. *Arbitragem e meio ambiente*, Apud: ALMEIDA, Ricardo (coord.), op. cit., p. 301

<sup>94</sup> “Os entes públicos legitimados à tutela ambiental não poderiam, em regra, abrir mão da ação civil pública de responsabilidade civil por danos ambientais para submeter a questão à arbitragem, pois, em tais circunstâncias, não estabelecem relações de *coordenação* com os administrados, mas de *subordinação*, na defesa de interesses *metaindividuais e indisponíveis*”. Idem, p. 302

<sup>95</sup> Idem, p. 329

<sup>96</sup> STF, Agravo de Instrumento nº 52.181-GB, Rel. Min. Bilac Pinto, disponível no site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 24/08/2011

Carmem Tibúrcio sustenta que é possível a previsão de convenção arbitral nos contratos *privados* firmados pelo Estado, referentes aos atos de gestão. Admite, excepcionalmente, para os atos de império “na hipótese de inexistência de jurisdição local, urgência ou com base no princípio da efetividade.”<sup>97</sup> Isso porque a arbitragem internacional, envolvendo atos de império, deve ser regida pelo direito internacional público por meio de tratados firmados entre os Estados.

Existem alguns critérios para se distinguir atos de império e de atos de gestão. Um deles é a teoria da aplicação da lei do Estado litigante, isto é, o árbitro se baseia na legislação nacional do Estado que é parte na arbitragem, devendo, assim, os particulares conhecerem a lei da ordem jurídica do Estado contratante.<sup>98</sup> Outra teoria entende que a lei sobre o mérito escolhida pelas partes é a que deve aferir a natureza do ato estatal.

Uma terceira, não muito bem aceita, aplica a lei da sede de arbitragem com base na teoria jurisdicional, a qual compreende o Estado como controlador e regulador das arbitragens. No entanto, os árbitros não possuem *lex fori*, podendo aplicar a lei que as partes convencionaram ou a que escolher, caso não tenha sido prevista no contrato.

Há, ainda, uma teoria que entende ser aplicável a lei de execução da sentença. A crítica que se faz é que nem sempre se sabe o local onde será executado.

Existe também a teoria que defende a aplicação da *lex mercatoria* para verificar a validade e eficácia da cláusula compromissória, que são, na verdade, os usos e costumes do comércio internacional, desprezando-se o direito estatal para dirimir qualquer controvérsia.<sup>99</sup>

É importante ressaltar que a utilização de meios coativos para se fazer cumprir a sentença arbitral, exige que a parte inicie um processo de execução no Poder Judiciário, após a devida homologação pelo STF. Portanto, é relevante mesmo no âmbito internacional que a jurisprudência do local de execução da sentença arbitral seja favorável à participação do Estado em arbitragens, bem como não haja norma interna

---

<sup>97</sup> DOLINGER e TIBURCIO. op. cit., p. 411

<sup>98</sup> Assim prevê o art. V.I. da Convenção de Nova York: “1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento, prova de que: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II, estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas (...)”, Idem. p. 412

<sup>99</sup> Essa teoria origina-se de dois casos: Arábia Saudita v. Arabian American Oil Co. e Texaco Overseas Petroleum v. Líbia. Tais casos envolviam questões de imunidade de jurisdição. As cortes arbitrais decidiram que não poderiam submeter uma soberania a uma lei de outro país e que cabe ao sistema de leis internacionais reger a arbitragem, e não uma lei interna. Embora a teoria transnacional seja a melhor aplicável nesses casos, segundo Keren Tweeddale e Andrew Tweeddale, corre-se o risco da sentença arbitral não ser aplicada no país onde será executada por contrariar a legislação daquele Estado. TWEEDDALE. op. cit., p. 277

proibindo a submissão ao juízo arbitral, sob pena de frustrar o sucesso da arbitragem comercial internacional realizada.

Reforçando o entendimento acima, a Convenção de Nova York<sup>100</sup> considera essencial que a legislação interna permita a arbitragem para os entes estatais, a fim que não haja problemas na execução da sentença arbitral.

## 5. Conclusão

O Estado brasileiro vem atuando cada vez mais no cenário internacional, como sujeito de obrigação ou como país hospedeiro, reacendendo, assim, a discussão a respeito da possibilidade de submissão à arbitragem comercial internacional, no que se refere à arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

Arbitrabilidade subjetiva seria a capacidade do ente estatal de ser parte no processo arbitral, enquanto arbitrabilidade objetiva diz respeito ao objeto que pode ser julgado em sede de arbitragem. A incapacidade do Estado teria como causa a sua imunidade jurisdicional, bem como a necessidade de autorização legal específica para participar de arbitragem.

Embora a jurisprudência dos tribunais de arbitragem entenda que na arbitragem comercial internacional o Estado não possa invocar restrição de lei interna quanto à sua capacidade, o estudo e o convencimento da capacidade do Estado em submeter conflito administrativo a um árbitro são necessários, pois em algum momento a lide poderá ser decidida pelo Poder Judiciário, seja para anular a sentença arbitral, seja para conceder medida cautelar ou para executá-la.

Analisando-se doutrina e jurisprudência, vê-se que a participação do Estado em arbitragem é aceita pela maioria, entendendo que basta a autorização genérica da Lei nº 9.307/96 e que o princípio da imunidade jurisdicional não é absoluto, comportando exceções. Para aqueles que entendem que a arbitragem possui natureza contratual, a imunidade jurisdicional em nada interfere na participação do Estado em arbitragem comercial internacional. Embora o Tribunal de Contas da União não concorde com a ampla arbitrabilidade da Administração Pública, nota-se uma evolução em suas decisões, da total negativa à aceitação nos casos de contrato privado, mesmo que não exista lei específica autorizando.

---

<sup>100</sup> “Enforcement under the New York Convention may be refused where the arbitration is not in accordance with the law of the country where the arbitration took place: Article V.1(d). The DAC report of February 1996 made the following point in regard to ‘floating’ arbitrations: ‘English law does not, at present, recognize the concept of an arbitration which has no seat, and we do not recommend that it should do so’ (...) The laws of the country where the arbitration has its seat should be checked to ensure that they are suitable to the arbitration. (...) If the parties wish for a final and binding award, unchallengeable in a court of law, they will have to agree to have the in a country whose local laws permit such an exclusion agreement.” In: TWEEDDALE. op. cit, p. 278

Paralelamente à evolução do instituto da arbitragem, o Direito Administrativo também sofreu mudanças, como por exemplo, o contrato administrativo deixou de ser um instrumento de autoritarismo para se transformar num acordo de colaboração entre o público e o privado, bem como a constitucionalização do ordenamento jurídico que permitiu uma releitura do princípio da legalidade, de forma que não engessasse a atividade administrativa.

Diante desse conjunto de fatores, somado às ratificações de convenções internacionais sobre arbitragem pelo Estado brasileiro, conclui-se que um ente estatal tem capacidade para ser parte numa arbitragem comercial internacional quando o objeto se tratar de direito disponível.

### Referências Bibliográficas

- ALVIM, J. E. Carreira. *Direito Arbitral*, Rio de Janeiro: Forense, 2007
- ALMEIDA, Ricardo (coordenador). *Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e prática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Arbitragem e regulação*, In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 7, nº 27, out-dez/2010, p. 70/102
- AYOUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: O acesso à Justiça e a Efetividade do Processo. Uma Nova Proposta*, Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, Malheiros ed., 1998
- CARNEIRO, Cristiane Dias. “Arbitragem na Administração Pública: Setor Elétrico”, *Direito Administrativo. Estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias*, Marcos Juruena Villela Souto (coord.), Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009
- CASTRO, Andréa Rabelo de Castro. *Fundamentos Constitucionais da Arbitragem no Setor Público*, monografia para título de especialista em Direito Público no IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008, disponível no site [www.portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/903338.pdf](http://www.portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/903338.pdf), acesso em 08/04/2011
- COLAIÁCOVO, Juan Luis & COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática*; tradução do original por Adilson Rodrigues Pires, Rio de Janeiro: Forense, 1999
- DOLINGER, Jacob & TIBÚRCIO, Carmem. *Direito Internacional Privado: arbitragem comercial internacional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- O ESTADO DE SÃO PAULO. *Bolívia nacionaliza empresa telefônica e 4 petrolíferas*, disponível no site [www.estadao.com.br](http://www.estadao.com.br), publicado em 01º de maio de 2008
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Técnicas de Negociação. Resolução alternativa de conflitos: ADRs. Mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002

GRAU, Eros Roberto. *Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória*, In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 5, nº 18, outubro-dezembro de 2002, p. 395/405

INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL, disponível no site [www.idi-iiil.org](http://www.idi-iiil.org), acesso em 22/08/2011

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 13ª ed., 2009

LEMES Selma Ferreira, CARMONA Carlos Alberto e MARTINS Pedro Batista (coordenadores). *Arbitragem, estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*, São Paulo: Atlas, 2007

LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*, São Paulo: Quartier Latin, 2007

LEW, Julian D M; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M.. *Comparative International Commercial Arbitration*, Klumer Law International, Londres, 2003

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 15ª ed., 2011

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006

\_\_\_\_\_. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. In: Revista de Direito Administrativo, nº 209, julho-setembro de 1997

OLIVEIRA, Ana Perestrelo. *Arbitragem de litígios com entes públicos*, Coimbra, Ed. Almedina: 2007

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ*, Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 5, julho/2007, disponível no site [www.justen.com.br//informativo.php?informativo=5&artigo=283](http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=5&artigo=283), acesso em 19/03/2011

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual, disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br), volume V, 2010

REALE, Miguel. *Crise da Justiça e Arbitragem*, In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 5, abril-junho de 2005, p. 11/13

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (organizadora). *Novos rumos do direito do petróleo* – Rio de Janeiro: Renovar, 2009

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, disponível no site [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, disponível no site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

RÜTZEL, Stefan; WEGEN, Gerhard; WILSKE, Stephan. *Commercial Dispute Resolution in Germany: litigation, arbitration, mediation*, Verlag C. H. Beck München, 2005

TALAMINI, Eduardo. *A (in) disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação*

monitória), disponível no site <http://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini/Papers/166348/A> in disponibilidade do interesse publico consequencias processuais, acesso em 17/03/2011

TIBURCIO, Carmem. *Temas de Direito Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006  
\_\_\_\_\_ & BARROSO, Luís Roberto (organizadores). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006

\_\_\_\_\_. *A arbitragem envolvendo a administração pública*. disponível no site [www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br), acesso em 24/08/2011

TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos Litígios Administrativos*, In: Revista de Direito Administrativo – 210, out/dez de 111997, p. 111/115

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Decisão do Processo nº 8.217/93, In: Revista de Direito Administrativo, 193: I-VI, 1-464, jul/set. 1993, p. 341/352

\_\_\_\_\_. Disponível no site [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)

TWEEDDALE, Keren; TWEEDDALE, Andrew. *A practical approach to Arbitration Law*, ed. Blackstone, Londres, 1999

WALD, Arnoldo. *A Infra-estrutura, as PPPs e a Arbitragem*, In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 5, abril-junho de 2005, p. 14/28

VALENÇA FILHO, Clávio. *Arbitragens e contratos administrativos*, In: Revista de Direito Bancário, Do Mercado de Capitais e da Arbitragem ano 3, nº 8, abril-junho de 2000, p. 359/373

