

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Karin Hlavnicka Skitnevsky

**Arbitrabilidade nos contratos com a
Administração Pública**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Karin Hlavnicka Skitnevsky

Arbitrabilidade nos contratos com a
Administração Pública

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais (Subárea Direito das Relações Econômicas Internacionais), sob a orientação do Professor Doutor Claudio Finkelstein.

SÃO PAULO

2008

BANCA EXAMINADORA

Aos meus inesquecíveis avós

Josef e Ana, Joseph e Mirka.

AGRADECIMENTOS

Ao Daniel, amor da minha vida, meu eterno companheiro, pela paciência e incentivo em todas as horas dedicadas a este trabalho.

Aos meus pais José e Virginia, ao meu irmão Rodrigo e aos meus sogros Ilana e Moises pelo amor, carinho e apoio que me deram forças para realizar este sonho!

Ao meu orientador, Professor Doutor Cláudio Finkelstein, pela confiança e incentivo ao longo desta jornada.

Ao Professor Doutor Vladimir Oliveira da Silveira, pela ajuda e dedicação em todas as etapas desta dissertação, serei eternamente grata.

Agradeço ainda a todos os amigos que de perto ou de longe torceram para que este trabalho se realizasse, e que, cada um à sua maneira, acreditaram em mim.

RESUMO

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Arbitrabilidade nos contratos com a Administração Pública*. 2008. 124 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

O presente trabalho tem por escopo demonstrar a arbitrabilidade como um limite ao instituto da arbitragem no âmbito nacional e internacional, assim como discutir sobre a possibilidade da Administração Pública firmar contratos contendo cláusula arbitral e se submeter a esse instituto de direito privado.

Inicialmente, apresenta o conceito de arbitragem e um breve histórico para que se entenda as origens do instituto e o desenvolvimento da arbitragem no âmbito da globalização, bem como no direito brasileiro, antes e depois da Lei n. 9.307/96. Analisamos também as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil e um histórico da arbitragem nos contratos com a Administração Pública.

Discorre após, sobre o conceito de arbitrabilidade e suas limitações, como a ordem pública, os princípios aplicados e a forma de utilização da arbitrabilidade em países como os Estados Unidos, a Suíça e a França, e ainda a questão da arbitrabilidade na lei brasileira, apresentando seus limites e aplicações.

Não obstante e na seqüência, busca entender a arbitrabilidade nos contratos administrativos, com o objetivo de demonstrar a possibilidade de o Estado participar em arbitragens internacionais e nacionais, assim como as limitações que decorrem da Constituição e dos princípios de direito público, e por fim, analisa as legislações referentes à Administração Pública que possibilitam expressamente ou não o uso da arbitragem.

Palavras-chave: Arbitrabilidade; Contratos administrativos; Limites da arbitragem.

ABSTRACT

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Arbitrability into the agreements involving the Public Administration*. 2008. 124 p. Dissertation (Master Degree in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

The following work concerns about arbitrability as a limitation of the institute of arbitration, as far as a national and international context are concerned, as well as discuss about the possibility of Public Administration enter into agreements with arbitral clauses and ultimately to take part into this institute of private law.

Initially, it introduces the concept of arbitration and a brief out-line of said institute, intending to comprehend its origins, its development jointly with the process of globalization and the institute before and after the Brazilian Law of Arbitration n. 9.307/96, as well as the international conventions ratified by Brazil and the historical background of arbitration into the agreements involving the Public Administration.

After we present the arbitrability concept and the limitations, as the public policy and the applicable principles and the method of utilization of such technique in countries such as United States, Switzerland and France and also the limits and application of arbitrability in accordance with Brazilian Arbitration Law.

Nevertheless and furthermore, by means of an expository manner, to demonstrate as being possible the inclusion of arbitrability provisions in the public agreements and the possibility the State to become participant party in either international and national arbitrations, as well as existing limitations in the Brazilian Constitution and in the general principles of public law, and finally an analysis of the Public Administration legislation as to whether expressly or not set-forth the acceptability and usage of arbitration.

Keywords: Arbitrability; Administration agreements; Limits of arbitration

“A sabedoria da vida não está em fazer aquilo que se gosta, mas gostar daquilo que se faz.”

Leonardo da Vinci

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	Erro! Marcador não definido.
1 ARBITRAGEM NACIONAL E INTERNACIONAL.....	Erro! Marcador não definido.
1.1 Breve histórico da arbitragem.....	Erro! Marcador não definido.
1.2 Globalização e arbitragem.....	Erro! Marcador não definido.
1.3 A arbitragem no Brasil antes da Lei n. 9.307/96.....	Erro! Marcador não definido.
1.4 Convenções internacionais ratificadas pelo Brasil.....	Erro! Marcador não definido.
1.5 A Lei de Arbitragem brasileira (Lei n. 9.307/96).....	Erro! Marcador não definido.
1.6 Breve histórico da arbitragem nos contratos com a Administração Pública.....	Erro! Marcador não definido.
2 ARBITRABILIDADE.....	Erro! Marcador não definido.
2.1 Conceito de arbitrabilidade.....	Erro! Marcador não definido.
2.1.1 Arbitrabilidade objetiva.....	Erro! Marcador não definido.
2.1.2 Arbitrabilidade subjetiva.....	Erro! Marcador não definido.
2.2 Elementos da arbitrabilidade e a lei aplicável.....	Erro! Marcador não definido.
2.3 Arbitrabilidade e limitações de ordem pública.....	Erro! Marcador não definido.
2.4 Breve noção dos princípios aplicados à arbitrabilidade.....	Erro! Marcador não definido.
2.4.1 <i>Non-arbitrability doctrine</i>	Erro! Marcador não definido.
2.4.2 Princípio da <i>kompetenz-kompetenz</i>	Erro! Marcador não definido.
2.4.3 <i>Second look doctrine</i>	Erro! Marcador não definido.
2.5 Arbitrabilidade nos Estados Unidos, Suíça e França.....	Erro! Marcador não definido.
2.5.1 Estados Unidos.....	Erro! Marcador não definido.
2.5.2 Suíça.....	Erro! Marcador não definido.
2.5.3 França.....	Erro! Marcador não definido.
2.6 O direito brasileiro e a arbitrabilidade – Lei n. 9.307/96.....	Erro! Marcador não definido.
3 ARBITRABILIDADE NOS CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	Erro! Marcador não definido.
3.1 O Estado como parte da arbitragem.....	Erro! Marcador não definido.
3.2 O Estado na arbitragem internacional.....	Erro! Marcador não definido.
3.3 Arbitrabilidade na Constituição e nos princípios de direito público.....	Erro! Marcador não definido.

3.4 A Administração Pública como parte da arbitragem nacional **Erro! Marcador não definido.**

3.4.1 A arbitragem nas leis brasileiras que regulam a Administração Pública **Erro! Marcador não definido.**

CONCLUSÃO..... **Erro! Marcador não definido.**

REFERÊNCIAS **Erro! Marcador não definido.**

INTRODUÇÃO

A arbitragem está sendo, cada vez mais, vista pela sociedade como uma forma viável de se resolverem controvérsias, e se sabe que não é recente o seu surgimento, o que nos possibilita entender porque tal instituto atualmente vem chamando a atenção nas diversas áreas do comércio, para que seja utilizado como uma alternativa ao Poder Judiciário.

Com a ampliação das relações internacionais, ocorre também um aumento do número de conflitos decorrentes de intensas e múltiplas atividades comerciais, dinâmica essa que tende a sobrecarregar o Judiciário, e é nesse diapasão que se insere a arbitragem, como forma de solucionar as divergências entre as partes contratantes, valendo-se assim das vantagens que o instituto da arbitragem enseja.

Propomo-nos no presente estudo tratar de uma questão ainda entendida como controversa pela doutrina e pelo Judiciário, a arbitrabilidade nos contratos com a Administração Pública.

Visando entender o porquê da existência de tal controvérsia, analisaremos primeiramente o histórico do instituto arbitral, assim como seu desenvolvimento em tempos de globalização, decorrente de uma maior e mais fácil comunicação entre os Estados e do aumento no número de investimentos estrangeiros, ao que o uso da arbitragem tende a ser mais freqüente, principalmente em países em desenvolvimento, como o Brasil.

Após, analisaremos a denominada arbitrabilidade, questão que está inserida no campo da arbitragem, nesse sentido, pretendemos entender o seu conceito e, após, a sua aplicação, como uma forma de delimitar os sujeitos que podem ser parte da arbitragem, assim como as matérias que podem ser pelo instituto resolvidas. Dentro desse contexto, analisaremos a arbitrabilidade e os princípios que a envolvem, como os da *non-arbitrability doctrine*, da *kompetenz-kompetenz* e da *second look doctrine*.

Visando aprofundar o entendimento dos limites impostos à arbitragem, estudaremos também as questões relacionadas à arbitrabilidade objetiva e subjetiva e os

diversos entendimentos sobre a lei aplicável, assim como os limites para sua utilização, dentre eles a ordem pública.

No âmbito internacional, analisaremos a arbitrabilidade nos Estados Unidos, na Suíça e na França, países que possuem uma legislação arbitral mais antiga do que o Brasil, e de grande relevância no contexto das arbitragens internacionais, principalmente em relação às limitações na aplicação da arbitragem.

O instituto ora em discussão é regulado hoje, no Brasil, pela Lei n. 9.307/96, e será com base nessa legislação que aprofundaremos a questão da arbitrabilidade subjetiva, ou seja, a possibilidade do Estado ter suas controvérsias solucionadas por um meio alternativo ao Poder Judiciário.

Como se sabe, o Estado precisa se desenvolver em decorrência de um crescimento constante de sua população, e para tanto investe em diversos setores da economia, como os de energia, infra-estrutura e telecomunicação, em que há a participação de entes particulares como prestadores de serviço. Com a realização de investimentos pela área pública nos setores privados nos deparamos com contratos a serem firmados por particulares com a Administração Pública, assim como as sociedades de economia mista e as agências. E nesse universo dinâmico e de grande complexidade, surge o desafio de se definir a possibilidade de os agentes que dão origem ao dinamismo da economia moderna e globalizada se valerem da arbitragem, no caso de disputas quanto ao cumprimento das obrigações assumidas.

Diante disso, precisamos primeiramente entender os contratos administrativos e, nesse viés, compreender as características desse tipo específico de contrato, para a inserção da cláusula de arbitragem, pois esta possui características muito peculiares, principalmente no que se refere ao interesse da Administração Pública.

A questão é controversa, na medida que se sabe que a Administração Pública possui regimentos próprios e específicos baseados em princípios constitucionais e de direito público, que deverão ser analisados no âmbito da arbitrabilidade e não podem ser desrespeitados, pois nesse viés pretendemos definir a possibilidade de um ente da Administração Pública se valer de um instituto de direito privado.

Ainda, analisaremos a possibilidade de o Estado ser parte de uma arbitragem internacional, questão que será tratada somente com relação à capacidade da Administração Pública nacional solucionar questões com investidores estrangeiros, e sob esse enfoque, não abordaremos as questões referentes ao respeito à jurisdição estatal.

Há ainda princípios constitucionais e de direito público no âmbito dos contratos administrativos que podem ser considerados contrários ao instituto privado da arbitragem, com o objetivo de compreender essa questão e definirmos uma posição, analisaremos separadamente os princípios do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do interesse público, da legalidade, da publicidade e da eficiência da Administração Pública, entre outros, necessários para uma compreensão da conveniência da utilização da arbitragem.

E, por fim, abordaremos, no âmbito da arbitragem nacional, os limites impostos pela Lei de Arbitragem brasileira, assim como o cabimento da arbitrabilidade nos contratos com a Administração Pública, foco principal deste estudo. Para tanto, precisaremos abordar também as leis específicas da Administração Pública, na medida que existem leis que expressamente autorizam o uso da arbitragem, assim como outras que não fazem referência ao cabimento do instituto e a necessidade dessa referência à arbitragem ser expressa, para que seja possível ao Estado participar como parte desse meio de solução de controvérsias, alternativo ao Poder Judiciário.

1 ARBITRAGEM NACIONAL E INTERNACIONAL

1.1 Breve histórico da arbitragem

O instituto da arbitragem teve sua origem na mitologia grega. Nela há muitos exemplos que demonstram a utilização de laudo arbitral nas dissensões entre deuses, desenvolvendo-se juntamente com o conceito de justiça. Nas *polis*, a arbitragem era utilizada amplamente também nas questões de limites entre as cidades-Estados.¹

Como forma de aplicação da moral e da ética, o instituto é anterior ao surgimento do legislador e do Poder Judiciário.

A arbitragem foi muito utilizada por volta de 430 a.C., no período da Guerra do Peloponeso e na Grécia. A ela se recorria como regra geral, e as atividades do árbitro ocorriam em duas fases: (1) na fase da tentativa de conciliação, em que ele procurava resolver o litígio objetivando uma composição entre as partes; e (2) na fase puramente arbitral, em que a sentença era proferida.

Em Roma, a arbitragem se desenvolveu, por volta de 754 a.C., como forma obrigatória para solucionar conflitos, antecedendo, assim, à própria solução estatal jurisdicionalizada, e derivou da extensão dos poderes dos juízes e da *justitia bonae fidei*. Utilizava-se tal método nos processos das *legis actiones* e nos processos *per formulas*. Sabe-se também que a ela se recorria para a solução de litígios, muitas vezes com os préstimos de três árbitros.²

Os procedimentos contavam com a figura do pretor, que era encarregado de preparar a ação, enquadrando-a nos limites da lei, e que posteriormente encaminhava o processo para julgamento, que era realizado por um *judex* ou *arbiter*³. Estes não faziam

¹ CRETILLA JÚNIOR, José. Conceito categorial de arbitragem. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco (Coords.). *O direito internacional no terceiro milênio: estudo em homenagem ao Professor Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr, 1998. p. 765.

² Ibidem, p. 766.

³ GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 16.

parte do corpo funcional romano e eram pessoas idôneas, particulares que eram incumbidos de promover o julgamento da controvérsia que lhes fosse apresentada.

No período de invasão do Império Romano pelos povos bárbaros e germânicos, buscava-se um terceiro indivíduo conhecido para resolver as questões pendentes e conflitantes, de acordo com as regras da moral, da ética e dos costumes dos povos.⁴

No período justiniano, o instituto arbitral se aperfeiçoou e, na Idade Média, a sociedade feudal o utilizava em conjunto com o instituto da mediação na solução de conflitos, inclusive os internacionais, tendo-se em vista a intervenção da Igreja Católica em todos os principados, que era a divisão política da época⁵. As questões eram resolvidas de acordo com a praxe comercial e os usos e costumes do comércio. Nesse período, o Papa era considerado como árbitro supremo, enquanto os bispos e senhores feudais se valiam mais da mediação para a solução das controvérsias locais.

No direito judaico, a arbitragem desenvolveu-se na Judéia, entre os sábios que preparavam o Talmud jerusmelita, em consequência das restrições impostas pelos romanos ao funcionamento das cortes rabínicas.⁶

A *Mishnah*⁷ determinava que as questões econômicas deveriam ser decididas por três árbitros. Cada parte escolhia um julgador e esses escolhiam um terceiro, sob a justificativa de que não se devia obrigar os dois árbitros escolhidos a aceitar um terceiro escolhido pelas partes. Havia ainda um entendimento de que a parte poderia subordinar sua aceitação da arbitragem se pudesse opinar sobre a escolha do terceiro árbitro.⁸

Na Europa, a solução privada de litígios chegou juntamente com as invasões bárbaras e, na Idade Média, por volta do século XII, a arbitragem internacional passou a

⁴ CRETELLA NETO, José. Arbitragem internacional: o significado peculiar do instituto no contexto do mecanismo de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. *Revista de Direito Internacional Econômico*, Porto Alegre, Síntese/INCE, v. 3, n. 9, p. 12, out./dez. 2004.

⁵ STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1996. p. 23.

⁶ DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 13.

⁷ A *Mishnah* é a consolidação da lei oral transmitida de geração em geração durante os 15 séculos que vão de Moisés a *rabbi* Yehuda Hanssi, que dirigiu a *Mishnah*. Moisés recebeu a lei aproximadamente 1.300 anos antes da era atual e a *Mishnah* foi consolidada no ano 200 da era atual. (DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen, *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, cit., p. 10).

⁸ GARCEZ, José Maria Rossani, *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*, cit., p. 15.

ser utilizada, aplicando-se regras expressas e minuciosas sobre o compromisso arbitral⁹. Geralmente ocorria nos mercados e feiras como forma de solucionar os conflitos entre comerciantes, a partir do que, juntamente com os usos e costumes, surgiu a *Lex Mercatoria*.

Na França, após a revolução de 1789, acolheu-se o instituto da arbitragem em sua Assembléia Constituinte, marco do surgimento do Estado Moderno, porém ela não tinha caráter facultativo, mas sim obrigatório, praticamente substituindo o Poder Judiciário¹⁰. Com o Código Civil de 1806 é que formalmente o instituto passou a ser adotado como forma alternativa, e não impositiva. Já a Bélgica, em 1876, também passou a adotá-lo, porém não em sua forma original, ou seja, em caráter facultativo.

Assim, entendemos que a arbitragem veio se desenvolvendo ao longo da história de diversas formas e em diversos locais, porém sempre com o objetivo de ser uma opção para não se recorrer a justiça pública, atributo que continua sendo, ainda hoje, sua principal característica.

1.2 Globalização e arbitragem

O instituto da arbitragem utilizado no âmbito do comércio internacional não é recente e, no decorrer dos séculos XIX e XX, sua utilização foi intensa, em virtude do grande desenvolvimento do comércio internacional e da ampliação da relação entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Com a globalização, ocorreu uma intensificação da relação entre os países, assim como do comércio internacional, por conta da ampliação das relações internacionais.

A esse respeito, José Carlos de Magalhães e Regina Ribeiro do Valle, asseveram:

Além da faceta econômica, o fenômeno da globalização apresenta a faceta política e social; e não só as decisões sobre os destinos financeiros do Estado deixam de ser tomadas exclusivamente pelos governos

⁹ O compromisso é convenção pela qual as partes acordam submeter o procedimento arbitral à solução de um ou vários litígios determinados já existentes (STRENGER, Irineu, *Arbitragem comercial internacional*, cit., p. 127).

¹⁰ CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 10-11.

nacionais, como também a antiga soberania política sobre os reflexos da globalização econômica, com o aparente enfraquecimento do poder de reger as relações internas a seu talante. A incapacidade para exercer as atribuições outorgadas pela comunidade nacional reflete-se também na aplicação do direito.¹¹

Joseph E. Stiglitz menciona:

A globalização abrange muitas coisas: o fluxo internacional de idéias e conhecimento, o compartilhamento de culturas, uma sociedade civil global e o movimento ambiental mundial (...) a globalização econômica que implica uma maior integração econômica dos países do mundo por meio do aumento do fluxo de bens e serviços, capitais e até mão-de-obra.¹²

O aumento das relações internacionais entre os Estados, assim como o maior desenvolvimento do comércio internacional, veio a intensificar os contatos entre os países, gerando uma maior dependência entre eles; dessa forma, conflitos também passaram a surgir com maior frequência.

O relacionamento e a cooperação entre os Estados estão presente internacionalmente, como claramente demonstra o Estatuto da Liga das Nações de 1919, assim comentado por Peter Häberle:

No Estatuto da Liga das Nações (1919), da “Constituição” da primeira organização política ampla da comunidade de Estados, já se fala do “fomento à cooperação entre as nações”. Ao lado da “garantia da paz internacional e da segurança internacional”, ele se apresenta como objetivo da Liga das Nações. Mas os meios para realização desse objetivo de paz, indicados no preâmbulo desse Estatuto bem como nos seus 26 artigos, são as típicas obrigações de uma ordem do Direito Internacional entendida como direito de coordenação (desarmamento, proteção de bens, proibição de guerra e resolução pacífica de conflitos).¹³

A resolução pacífica de conflitos fora da esfera do Judiciário pode ser feita por meio da mediação, conciliação (solução tomada pela vontade comum das partes) ou a arbitragem (decisão imposta pelo árbitro), formas utilizadas para solucionar as questões decorrentes das relações e da cooperação internacional entre os Estados.

¹¹ MAGALHÃES, José Carlos de; VALLE, Regina Ribeiro do. Mundialização do direito. In: LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 255.

¹² STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 62.

¹³ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 24.

Irineu Strenger define a arbitragem como sendo uma realidade inexorável e insubstituível como veículo de solução das contendas do comércio internacional, sem mencionar outras incursões que vão se avolumando no plano dos direitos internos.¹⁴

Para René David, a arbitragem:

(...) é a técnica que tem por objetivo dar solução à questão que interessa às relações entre duas ou várias pessoas, confiando-a a uma ou mais pessoas, o árbitro ou árbitros, que têm poderes, derivados de convenção privada, e que decidem, na base da convenção feita, sem estarem investidos, pelo Estado, dessa missão.¹⁵

E ainda outros estudiosos do direito, como Jean Robert, definem a arbitragem como a instituição da justiça privada, graças à qual os litígios são subtraídos das jurisdições de direito comum, para serem resolvidos por indivíduos revestidos, pela circunstância, da missão de julgar.¹⁶

Na opinião de Irineu Strenger, a arbitragem é instância jurisdicional, praticada em função de regime contratualmente estabelecido para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado ou público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais.¹⁷

Ademais, cumpre ainda trazer mais uma definição do instituto aqui em análise:

O sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel para resolver a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.¹⁸

Assim, ao o estudar, deparamo-nos com as vantagens para a solução de litígios, comparativamente às emanadas pelos tribunais judiciais, especialmente em função da

¹⁴ STRENGER, Irineu, *Arbitragem comercial internacional*, cit., p. 27.

¹⁵ René David, *L'arbitrage dans Le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 9, apud CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito Categorical de Arbitragem, cit., p. 769.

¹⁶ Jean Robert, *Traité de l'arbitrage civil e comercial*, 4. ed., Paris, 1958, p. 15, apud STRENGER, Irineu, *Arbitragem comercial internacional*, cit., p. 34.

¹⁷ STRENGER, Irineu, op. cit., p. 27.

¹⁸ CRETELLA JUNIOR, José, Da arbitragem e seu conceito categorial, cit., p. 129.

autonomia da vontade das partes. O princípio da autonomia da vontade permite às partes livremente escolher a alternativa e o método para a solução de seus futuros conflitos, optando pelo Judiciário estatal ou pelo Judiciário privado.

A celeridade é outra vantagem, pois os processos convencionais podem vir a durar anos sem uma solução, e, em certos casos, essa longa demora permite que o objeto da ação venha a se perder, enquanto, na esfera arbitral, o prazo máximo é de seis meses.

No que tange à maior especialização do árbitro nas questões levadas à sua apreciação, entende-se que, ao serem escolhidos pelas partes, tendem a ser especialistas na área do conflito.

Há ainda a vantagem do menor custo, pois ele é melhor dimensionado na arbitragem, além da possibilidade de manter sigilo sobre a questão em debate, permitindo que os documentos apresentados sejam confidenciais, aspecto de maior interesse, em matérias de natureza comercial.

Como o árbitro (ou corte arbitral) deve ser escolhido livre e responsabilmente pelas partes, assim como modelada a estrutura procedimental a ser utilizada, a arbitragem é um instituto extremamente democrático e legítimo.

Deve-se também falar na celeridade do procedimento, pois na arbitragem existe disponibilidade de tempo dos árbitros para julgar, contam eles com regras processuais mais flexíveis, e ainda têm maior conhecimento sobre a matéria a ser arbitrada.

A arbitragem teve destaque no direito comercial pelas suas características de autonomia e dinamismo, em face das demais relações privadas.¹⁹

Sabe-se que a arbitragem como jurisdição privada antecedeu à jurisdição estatal, como forma de solução de controvérsias no âmbito privado, já no âmbito público, tal desenvolvimento se deu somente com a expansão do Império Romano.

¹⁹ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 49.

Ademais, José Maria Garcez expõe:

A arbitragem não é um instituto recente, mas sim um meio de solução de controvérsias que veio se desenvolvendo ao longo dos períodos da história, no âmbito do comércio internacional tomou um vigoroso impulso a partir da segunda metade do século XX, dando maior celeridade e eficácia aos contratos internacionais e ao comércio mundial.²⁰

O aumento do número de conflitos hoje sobrecarrega o Judiciário²¹ de muitos países, em especial o brasileiro. Conhecendo-se as vantagens da arbitragem, o Judiciário estatal passou a ser dispensado em determinados casos, por vontade das partes ou pela limitação imposta pela lei interna do país.

Os conflitos decorrentes do desenvolvimento das relações internacionais requerem, com a globalização, uma resolução em tempo mínimo e, para tanto a celeridade imprescindível. A arbitragem destaca-se como forma alternativa à justiça pública para se encontrar e obter a solução de conflitos.

Outrossim, é uma forma pacífica de solução de conflitos e acabou por ajudar o desenvolvimento da comunicação mundial que, com a globalização, acabou por intensificar e desenvolver meios alternativos de solução de controvérsias, para diminuir as questões e contradições que poderiam vir a surgir entre as partes.

Para Jean-Baptiste Racine, “a emancipação da arbitragem está com certeza relacionada com o movimento da mundialização da economia (...). A tendência de favorecimento da arbitragem visa dar aos atores da mundialização um juiz e uma justiça”.²²

²⁰ GARCEZ, José Maria Rossani, *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*, cit., p. 19.

²¹ No ano de 2007, chegaram ao Supremo Tribunal Federal Brasileiro aproximadamente 120 mil processos, e as estatísticas mostram que, entre os anos 2000 e 2007, foram protocolados nesse Tribunal 889.455 processos; em 2008, até o mês de março, 62.130 processos já haviam sido protocolados (Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 15 ago. 2008).

²² No original: “*Cette émancipation de l’arbitrage est sûrement une corrélation du mouvement de mondialisation de l’économie (...). La tendance est à favoriser l’arbitrage pour donner aux acteurs de la mondialisation une juge et une justice.*” (RACINE, Jean-Baptiste. *Réflexions sur l’autonomie de l’arbitrage commercial international. Revue de l’Arbitrage Bulletin du Comité Français de l’Arbitrage*, n. 2, p. 310, avril/juin 2005 – Nossa tradução).

Quando se fala de meios de solução de controvérsias, refere-se à arbitragem, que também favoreceu e favorece a intensificação das relações entre os países, por ser uma forma menos drástica de solucionar um conflito entre as partes, sem muitas vezes resultar no fim do relacionamento entre elas.

José Carlos de Magalhães e Regina Ribeiro do Valle comentam que:

No século XXI, não há como negar que o Direito atua além dos estreitos limites das fronteiras dos Estados. Esse é um dos aspectos da Mundialização do direito, resultante da participação ativa da sociedade civil em paralelo com a atuação dos governantes oficiais.²³

O desenvolvimento do comércio mundial acabou por gerar mais questões a serem solucionadas no âmbito das relações entre os países. No entanto, elas não poderiam ser resolvidas por meio da estrutura das leis internas de cada país, pois cada uma apresenta sua particularidade, e a de um país pode não se aplicar em outro. Dessa forma, o consenso mundial entendeu pela utilização da arbitragem como meio pacífico de solução de conflitos já existentes desde os tempos mais remotos, conforme já mencionado.

Em razão do mercado comum europeu e do desenvolvimento do comércio internacional, a arbitragem ganhou força em países como a Itália, França e Bélgica e hoje é bastante utilizada nesses países.

A Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional apontou dados estatísticos em seu relatório referente ao ano de 2007 que mostram terem sido feitos 599 pedidos de arbitragem, dos quais, 1.611 partes pertenciam a 126 países e territórios independentes e, em 11,4% dos casos, ao menos uma das partes era o Estado ou uma entidade paraestatal, estando o local da arbitragem localizado em 42 cidades ao redor do mundo, e os árbitros pertencentes a 66 nacionalidades diferentes.

Dentre os casos analisados pela Corte Internacional de Arbitragem, o valor das disputas, em 57,4% dos casos, excedia a um milhão de dólares norte-americanos.

²³ MAGALHÃES, José Carlos de; VALLE, Regina Ribeiro do, Mundialização do direito, cit., p. 265.

O Brasil, cada vez mais envolvido nas relações comerciais de âmbito internacional e em negociações cada vez mais intensas²⁴ com o resto do mundo, apresentou a necessidade de estimular os meios alternativos de solução de controvérsias, como a arbitragem, o que acabou se concretizando com a entrada em vigor da Lei n. 9.307, de 23.9.1996, que disciplina a arbitragem no Brasil.

1.3 A arbitragem no Brasil antes da Lei n. 9.307/96

A arbitragem no Brasil é legalmente reconhecida desde os tempos da colonização portuguesa e das Ordenações Filipinas de 1603, no Livro III, Título 16. Nesse texto normativo, previa-se a certeza da sentença arbitral, independentemente de homologação judicial (convalidação pela jurisdição estatal), mas se admitia a interposição de recurso, ainda que houvesse cláusula proibitiva nesse sentido.²⁵

A Constituição Brasileira de 1824 expressamente adotou a arbitragem em seu artigo 160: “Nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim convencionarem as mesmas Partes.”

O direito brasileiro também tinha previsão de arbitragem compulsória nas Leis de 1831 e 1837, quando as questões envolvessem seguro ou locação. No Código Comercial de 1850, era a arbitragem obrigatória, o que ocorreu até 1866, em questões comerciais específicas. Por ter sofrido severas críticas na época, tornou-se voluntária, a partir do mesmo ano, por meio da Lei n. 1.350, regulamentada pelo Decreto n. 3.900/1867.

Nas palavras de Jacob Dolliger e Carmen Tibúrcio:

O Decreto n. 3900 de 1867 veio regular o juízo arbitral do comércio, sendo o primeiro diploma a disciplinar a cláusula compromissória (...). Assim, firmou-se, no Brasil, a tradição do compromisso como o único

²⁴ No período 1996-2000, o fluxo de Investimentos no Brasil foi de US\$ 103 bilhões. Entre 1998 e 2000 o Brasil atraiu mais de US\$ 70 milhões por dia em investimentos estrangeiros. Estados Unidos, Espanha, Holanda e França são os países que mais investiram no país nesse período. (Disponível em: <<http://brasilianische-botschaft.de/comercio/nvestimenstos-estrangeiros-no-brasil/>>. Acesso em: 19 abr. 2008).

²⁵ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves, *Arbitragem no direito societário*, cit., p. 46.

instrumento apto à instauração da arbitragem, a ponto de os diplomas posteriores nem ao menos tratarem da cláusula compromissória, o que só foi sanado com o advento da Lei n. 9.307/96.²⁶

Mais tarde, nas Constituições Brasileiras de 1891 e de 1969, o instituto foi definido como forma de prevenir litígios. Do mesmo modo, no Código Civil brasileiro de 1916 também havia previsão de arbitragem, e os Códigos de Processo Civil, de 1939 e 1973, adotaram-na em sua modalidade facultativa de “juízo arbitral”, pela qual as partes podiam submeter seu litígio a árbitros, mediante compromisso que o instituía, observados determinados requisitos.

A Carta Magna de 1934 atribuiu competência ao Poder Legislativo Federal para disciplinar a adoção da arbitragem comercial. No entanto, é na Constituição de 1988, no artigo 114, parágrafo 1º²⁷, que realmente aparece expressamente a arbitragem.

A Lei n. 9.099, de 1995, que instituiu os Juizados Especiais cíveis e criminais, também tratou da arbitragem na solução de litígios enquadrados dentro do regime do juizado especial, além da Lei das Comissões de Conciliação Prévia (2000) e da lei que cuida da participação dos trabalhadores no lucro e resultado das empresas (2000).

Dentre as características da arbitragem no plano interno e anteriormente à lei de 1996, pode-se destacar a diferença entre compromisso e cláusula compromissória, e ainda a necessidade de homologação do laudo arbitral por autoridade judiciária.

1.4 Convenções internacionais ratificadas pelo Brasil

No âmbito internacional, a primeira convenção ratificada pelo Brasil foi o Protocolo de Genebra de 1923 relativo às Cláusulas Arbitrais (Dec. n. 21.187/32).

²⁶ DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen, *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, cit., p. 21.

²⁷ “Artigo 114 - Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) § 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.” (Redação dada pela EC n. 45/2004)

O Brasil também foi um dos contratantes do Código de Bustamante, e ainda signatário da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá de 1975, promulgada somente em 09.05.1996, pelo Decreto n. 1.902.

E, ainda, da Convenção Interamericana de Montevideu sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de 1979, que trata do reconhecimento de laudos arbitrais proferidos no exterior contendo os requisitos para sua homologação (Decreto n. 2.411 de 02.12.97).

Por intermédio do Decreto n. 4.311, de 23.07.2002, o Brasil reconheceu a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958, também denominada Convenção de Nova York, que, em seu artigo VII, n. 2, revoga expressamente o Protocolo de Genebra de 1923.

No âmbito do Mercosul, o Brasil ratificou o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matérias Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa de 1992 – Protocolo de Lãs Leñas (Dec. n. 2.067/96), o Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul de 1998 (Dec. n. 4.719/2003) e o Acordo sobre Arbitragem Comercial entre o Mercosul, Bolívia e Chile de 1998 (Dec. Legislativo n. 483/2001).

Dessa forma, pode-se perceber que o envolvimento do Brasil, no que tange à arbitragem como forma de solução de conflitos, no âmbito das convenções internacionais, desenvolveu-se como forma de integrar as relações comerciais internacionais e acabou sendo formalizado internamente com a promulgação da Lei de Arbitragem brasileira, em 1996.

1.5 A Lei de Arbitragem brasileira (Lei n. 9.307/96)

O primeiro anteprojeto de lei abordando o tema da arbitragem foi elaborado por solicitação do extinto Ministério da Desburocratização e publicado no *Diário Oficial da*

União de 27 de maio de 1981²⁸. Referido anteprojeto foi alterado por três vezes, e a atual lei foi finalmente preparada por uma comissão relatora composta por Selma Maria Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins.²⁹

O Projeto de Lei n. 78, de 1992, do senador Marco Antonio de Oliveira Maciel foi promulgado em 23.09.1996, sancionada no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso e intitulada Lei de Arbitragem.

A Lei n. 9.307/96 disciplina a arbitragem no Brasil e teve sua gênese na Lei Modelo da UNCITRAL³⁰, elaborada pela comissão das Nações Unidas criada em 1966, com sede em Viena, e que, desde a sua constituição, vem prestando inestimáveis serviços à comunidade jurídica internacional.

Nas palavras de Jacob Dolinger, a promulgação da Lei n. 9.307/96 trouxe decisivas inovações na matéria, e, com elas, a expectativa de que a arbitragem possa se tornar uma alternativa eficaz à atuação do Poder Judiciário, mormente em lides envolvendo partes de boa-fé.³¹

No entanto, após a promulgação da lei, quando da análise do pedido de homologação de sentença estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal no Processo n. 5.206-8/247, o Ministro Sepúlveda Pertence considerou-o inconstitucional, questão solucionada pela Suprema Corte no final de 2001, quando foi rejeitada a suspeita de inconstitucionalidade da Lei n. 9.307/96.

Rozane da Rosa Cachapuz comenta que a Lei n. 9.307/96 equiparou o Brasil no contexto mundial, quanto à utilização da arbitragem, muito embora não o tenha inserido dentro das arbitragens internacionais.³²

²⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 2. ed. rev. atual. ampl. 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2006. p. 24.

²⁹ *Ibidem*, p. 28.

³⁰ *Ibidem*, p. 29.

³¹ DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen, *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, cit., p. 49.

³² CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Da arbitragem no Brasil e no mundo. In: ARANA Josyler; CACHAPUZ, Rozane da Rosa (Coords.). *Direito internacional: seus tribunais e meios de solução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 329.

Assim, após 2001, com a decisão definitiva da constitucionalidade da lei, a cláusula compromissória nos contratos passou a ser adotada com maior frequência, visando desenvolver o uso da arbitragem como um meio alternativo para a solução dos litígios.

A Lei de Arbitragem apresentou ainda modificações, dentre as quais se destacam a execução específica da cláusula compromissória e a equiparação do laudo arbitral a uma sentença judicial.

O atual Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002) reafirma a importância e as condições de admissibilidade da arbitragem no direito brasileiro. No Capítulo XX, denominado “Do Compromisso”, os artigos 851 à 853 tratam da arbitragem da seguinte forma:

Artigo 851 - É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

Artigo 852 - É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Artigo 853 - Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.

Diante de tal reconhecimento do instituto da arbitragem, o legislador brasileiro não deixa dúvidas sobre esse modo de solução de controvérsias e sua aplicação, nos termos da Lei n. 9.307/96.

Deve-se salientar ainda o exposto por Jacob Dolinger e Carmem Tiburcio, no que tange às vantagens do instituto da arbitragem, com relação ao investidor estrangeiro. O deputado Paulo Delgado, no parecer da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, diz que o principal argumento em favor desse moderno instrumento é o fato de que o mesmo proporciona a segurança jurídica necessária à atração de investimentos estrangeiros, ao garantir rápidas, justas e equânimes soluções para eventuais disputas comerciais.³³

³³ DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen, *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, cit., p. 43.

Nesse sentido, muitos investidores estrangeiros que vêm ao Brasil têm utilizado a arbitragem, em razão das suas vantagens, dentre elas a confidencialidade, como forma de resguardar-se do uso do Poder Público.

Assim, desde 1996, e mais freqüentemente a partir de 2001 o Brasil vem se envolvendo no contexto da globalização e do comércio internacional, por apresentar uma forma de solução de controvérsia regulamentada, garantindo a todos que utilizam a arbitragem que ela seja um meio eficaz e alternativo ao Judiciário.

O estatuto arbitral brasileiro não faz distinção entre as pessoas que podem ou não fazer parte da arbitragem, podendo participar sujeitos de direito público, como de direito privado.

No entanto o instituto, tanto no âmbito nacional como internacional, apresenta limitações impostas pelas regras ou leis sobre arbitragem internas de cada país, ou ainda no que tange à soberania nacional de cada um deles. Com o desenvolvimento e uso da arbitragem cada vez mais freqüente, deve-se entender mais profundamente o significado de tais limites e as questões deles decorrentes.

1.6 Breve histórico da arbitragem nos contratos com a Administração Pública

A arbitragem pode ser dividida em dois ramos, a de direito internacional privado, na qual o Estado participa como parte, e a de direito internacional público. Quando se estudam os contratos com a Administração Pública³⁴, se está no campo da arbitragem no direito internacional privado.

Os contratos com a Administração Pública e que envolvem a arbitragem como forma de solução de controvérsias existem desde os tempos do Império e da entrada em vigor do Código Comercial (1850). Nessa época, foram firmados os primeiros contratos de concessão para obras no setor público.³⁵

³⁴ Neste estudo, consideramos o Estado como ente da Administração Pública.

³⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 63.

Eles foram firmados com empresas estrangeiras que vieram ao Brasil para prestar serviços ao setor público e companhias de capital público nacional, e já continham previsão da solução arbitral, no caso de uma possível controvérsia entre as parte, na época regulada pelo Decreto n. 3.900, de 1867.

O Decreto n. 7.959, de 1880, que tratava dos contratos de concessão, ou seja, envolvendo a Administração Pública, determinava, em sua cláusula XXXV, o seguinte: “No caso de desacordo entre o Governo e a companhia, sobre a inteligência das presentes cláusulas, esta será decidida por árbitros nomeados.”

Há vários precedentes em que a arbitragem foi utilizada para dirimir controvérsias referentes às concessões no Brasil, destacando-se, dentre os feitos, o do Barão de Mauá e a Estrada de Ferro Santos a Jundiaí. Dentre as arbitragens que envolveram a Administração Pública, nos mais diversos tipos contratuais, destacamos: em 1912, o contrato envolvendo o Estado de Minas Gerais e a Estância Hidromineral de Lambari; em 1923, foi registrada a arbitragem envolvendo a Estrada de Ferro Madeira-Mamoré; e, em 1927, a Repartição Geral dos Telégrafos e The Western Telegraph Co.; e também a da Docas de Santos e da Estrada de Ferro Sorocabana.³⁶

No entanto, deve-se salientar que, mesmo após a assinatura desses contratos, o questionamento sobre a possibilidade de recorrer à arbitragem como forma de solucionar um conflito em que a Administração Pública participa como parte ainda hoje existe, sendo discutidas atualmente na jurisprudência algumas questões controvertidas, envolvendo a arbitragem nos contratos administrativos e o Estado como parte nessa forma de solução de conflito.

³⁶ Ibidem, p. 65-66.

2 ARBITRABILIDADE

Com o desenvolvimento da arbitragem no âmbito mundial, os países elaboraram internamente suas leis de arbitragem. Essas legislações apresentam semelhanças e diferenças relativas aos limites e delimitações para a solução de conflitos, no que tange às matérias e aos sujeitos que podem ser objeto e partes no procedimento arbitral.

Quando tratamos do tema da arbitrabilidade notamos que este é um conceito existente dentro do instituto da arbitragem. Assim, iremos desenvolver o presente estudo considerando que as partes, que acreditam que tem capacidade de contratar, já firmaram a convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral).

Para Irineu Stenger:

A cláusula compromissória, que também pode intitular-se de convenção de arbitragem, é a chave mestra da arbitragem comercial internacional. Entre as diversas funções da cláusula compromissória ressalta a de constituir-se em prova de que as partes admitiram submeter-se ao regime arbitral para solver suas pendências na execução do contrato. Esse é o elemento consensual, sem o qual a arbitragem não pode existir validamente.³⁷

E ainda, Bernard Hanotiau considera que “a inclusão da cláusula de arbitragem em uma convenção deverá normalmente conduzir os árbitros a utilizarem regras de contrato nos termos do direito que valide a cláusula”.³⁸

Nesse sentido, nota-se que a cláusula compromissória pode ou não ser inserida no instrumento contratual, refletindo a vontade e a intenção das partes em aplicar a arbitragem em caso de conflitos. Em sua formação, deve-se especificar quais tipos de controvérsias serão solucionadas e ainda a solução a ser adotada para todas as divergências existentes, dentro dos limites legais.

³⁷ STRENGER, Irineu, *Arbitragem comercial internacional*, cit., p. 109.

³⁸ No original: “L’insertion d’une clause d’arbitrage dans une conventions devra donc normalement conduire les arbitres à faire régir le contrat par un droit qui valide cette clause.” (HANOTIAU, Bernard. *L’arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*. *Journal du Droit International*, n. 4, p. 910, oct./déc. 1994 – Nossa tradução).

A outra possibilidade é o compromisso arbitral, convenção de arbitragem mediante a qual as partes pactuam que o conflito já existente entre elas será dirimido através da solução arbitral.³⁹ Segundo Irineu Strenger, o compromisso é convenção pela qual as partes acordam em submeter a procedimento arbitral a solução de um ou vários litígios já existentes.⁴⁰

Observa-se que ambas as convenções têm efeito vinculante, sendo obrigatórias e fruto de consenso das partes, e devem ser cumpridas e honradas sem discussão. Se assim não forem, violarão o contrato e a lei.

Sabe-se que as partes estão sujeitas à arbitragem quando da existência de eventual conflito, no entanto, podem existir determinadas questões que as impeçam de recorrer ao instituto arbitral, no que tange às partes e objeto submetidos a esse meio alternativo de solução de conflitos; são essas questões limitadoras que serão tratadas pela arbitrabilidade.

2.1 Conceito de arbitrabilidade

O conceito de arbitrabilidade é ainda muito discutido na doutrina. Autores de diversos países, como dos Estados Unidos, França, Bélgica, e até mesmo do Brasil, apresentam entendimentos diversos sobre a denominada, arbitrabilidade, razão pela qual pretendemos melhor defini-la neste estudo.

Os limites impostos à arbitragem, denominados de arbitrabilidade, podem ser entendidos como um elemento de vedação ao instituto, ou ainda, nas palavras de Craig, Park e Paulsson, como um limite para que as questões proibidas por lei não sejam resolvidas por arbitragem.⁴¹

No entanto, acreditamos que a questão da arbitrabilidade não pode ser tão facilmente definida. Ela é conceituada por Bernard Hanotiau como sendo a possibilidade

³⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 75.

⁴⁰ STRENGER, Irineu, *Arbitragem comercial internacional*, cit., p. 127.

⁴¹ CRAIG, W. Laurance; PARK, William W.; PAULSSON, Jan. *International Chamber of Commerce arbitration*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 60. (ICC Publication, n. 594).

de se submeter uma disputa à arbitragem⁴². Já nas palavras de Emmanuel Gaillard e John Savage, a arbitrabilidade é exclusivamente a possibilidade de solucionar disputas por meio da arbitragem.⁴³

Nesse sentido, quando questionada a arbitrabilidade da matéria ou do sujeito, deverá o tribunal arbitral decidir sobre sua possibilidade, nos termos da lei definida na convenção de arbitragem.

A arbitrabilidade trata das matérias que podem ser submetidas à arbitragem, mas caso não seja possível se valer desse meio alternativo, caso em que a disputa não é arbitrável, a convenção pode ser considerada nula, não podendo ocorrer a formação do tribunal que realizará a arbitragem.⁴⁴

Assim, podemos dizer que a arbitrabilidade determina se a questão pode ou não ser solucionada por meio da arbitragem, devendo também ser considerada como condição de validade, a possibilidade, ou não, de se arbitrar determinado tema, assim como de quem pode ser parte da arbitragem.

No entanto, existem controvérsias no que tange aos limites dessa aplicação e à capacidade de quem e do que deverá ser levado à arbitragem, e não somente a condição de se estabelecer um tribunal arbitral nos termos da legislação vigente escolhida pelas partes, definida em contrato ou existente no local da sede da arbitragem.

A arbitrabilidade é a possibilidade do caso ser submetido à arbitragem, por causa de sua natureza e também porque não são as partes obrigadas a resolverem seus conflitos perante o Poder Judiciário.⁴⁵

⁴² HANOTIAU, Bernard. *Arbitration in banking and financial matters: ASA Swiss Arbitration Association Conference in Geneva of January 31, 2003: presentation*. Edited by Gabrielle Kaufmann-Kohler and Viviane Frossard. Basel: Association Suisse de L'Arbitrage (ASA), 2003. p. 33.

⁴³ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. The Hague; Boston; London: Kluwer Law International, 1999. p. 312.

⁴⁴ BUCHER, Andreas; TSCHANZ, Pierre Yves. *International arbitration in Switzerland*. Basle; Frankfurt on the Main: Helbing & Lichtenhahn, 1989. p. 41

⁴⁵ POUURET, Jean François; BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration*. 2nd ed. updated and rev. London: Sweet & Maxwell, 2007. p. 282.

Com efeito, as diferentes matérias a serem tratadas em sede de arbitragem são definidas nas legislações locais, bem como são também definidos os critérios de utilização do Poder Judiciário.

Já Lew, Mistelis e Kröll entendem que a arbitrabilidade decorre do encontro entre as naturezas contratual e jurisdicional da arbitragem, sendo o ponto limite entre a liberdade de contratar e a ordem pública interna de um país.⁴⁶

No mesmo sentido, Ana Gerdau de Borja diz que a arbitrabilidade é como uma linha divisória entre o término do exercício da liberdade contratual e o começo da ordem jurisdicional interna de cada país.⁴⁷

Conclui-se, pois, que a arbitrabilidade não só delimita o âmbito de aplicação nos termos da lei escolhida pelas partes na convenção, mas também atinge a jurisdição do local da sede do tribunal e que pode apresentar limitações na lei, e restringir a arbitragem, nos termos de sua Ordem Pública interna.

Assim, a lei interna de um determinado país pode impor limites que atuam como um mecanismo de controle estatal das disputas privadas. Não obstante, deve a lei ressaltar o que poderá ser arbitrado, para que haja a identificação das matérias e partes que não poderão valer-se da arbitragem.⁴⁸

Uma vez definido por meio de cláusula ou de compromisso arbitral que a arbitragem seja utilizada para solucionar o conflito, será preciso determinar a possibilidade de sua instauração, de acordo com a lei escolhida pelas partes, para que seja aplicável à controvérsia. Dessa forma, a lei que regerá a arbitragem impõe os limites que irão estabelecer a arbitrabilidade do conflito, determinando as disputas que podem ser solucionadas pelo Judiciário e as que podem ser por arbitragem.

⁴⁶ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 187.

⁴⁷ BORJA, Ana Gerdau. Intellectual property mandatory rules and arbitrability in Brazil and in the United States of America. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, PPGDir/UFRGS, Edição especial, v. 2, n. 5, p. 359, ago. 2004.

⁴⁸ POUURET, Jean François; BESSON, Sébastien, *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 282.

Cada Estado possui prerrogativas políticas, sociais e econômicas que refletem na legislação arbitral, que diferirão entre si. Internamente, cada país dá importância diversa às questões referentes ao interesse público, assim como às matérias que são tratadas pelo Judiciário, originando as diferenças apresentadas pelas leis. Ocorre também que as decisões decorrentes de uma questão interna são diferentes daquelas que tangem às questões internacionais.⁴⁹

Observa-se assim que as diferenças existentes na legislação dos diversos países no que tange à arbitrabilidade, acabam por restringir sua resolução por meio da forma, porém, as leis que estabelecem a arbitragem em cada país não mencionam os critérios de arbitrabilidade, determinando somente o que é ou não arbitrável.

Para que seja utilizada a arbitragem, quando da existência de dúvida sobre a arbitrabilidade, deverá o árbitro ou o juiz togado, quando for o caso, definir a condição de validade nos termos da lei, surgindo nesse momento mais uma dúvida, ou seja, qual lei deverá ser utilizada? Essa questão será abordada em item específico mais adiante.

Mas, caso não seja possível a utilização da arbitragem, por vedação da lei aplicada, a questão se torna inarbitrável e acaba gerando a impossibilidade de se instituir um juízo arbitral, inviabilizando o uso desse meio alternativo de solução de conflito.

Desse modo, não estando a arbitragem autorizada pela lei, deparamo-nos com a denominada inarbitrabilidade⁵⁰, que ocorre quando a matéria que está sendo questionada, ou a parte, não se enquadram na lei que rege o tribunal arbitral, inviabilizando a utilização do instituto em parte ou totalmente.

Logo, para José Maria Rossani Garcez, a impossibilidade da arbitragem se manifesta quando a matéria em litígio, por reserva legal expressa, iterativa jurisprudência, ou súmula, só pode ser solucionada por decisão de juiz togado.⁵¹

⁴⁹ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M., *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 199.

⁵⁰ Entendemos por inarbitrabilidade todos os sujeitos e objetos que não podem ser submetidos à arbitragem.

⁵¹ GARCEZ, José Maria Rossani, *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*, cit., p. 45.

Nessa perspectiva, a arbitrabilidade pode ser questionada antes do procedimento arbitral, no qual poderá o árbitro valer-se do princípio da *kompetenz-kompetenz*, ou ainda pela parte, que entende que a questão não é arbitrável e deseja que seja a questão submetida ao Judiciário. Caso seja o Judiciário envolvido para solução da arbitrabilidade, deverá decidir nos termos da convenção de arbitragem, assim como, se a questão se referir à não-arbitrabilidade, deverá valer-se de um procedimento de anulação. Ao Judiciário também caberá decidir sobre o reconhecimento e validade da sentença arbitral.⁵²

Disso tudo, pode-se concluir que para que seja definida a inarbitrabilidade, deve existir um conflito que poderá ser apontado pelas partes ou pelo tribunal. Destacamos os momentos em que tal questão pode ser apontada, o que ocorre em cinco oportunidades distintas: (1) durante a arbitragem, pelo tribunal arbitral; (2) pela parte que não considera a arbitragem válida e questiona sobre a convenção de arbitragem; (3) na jurisdição estatal, na hipótese de propositura de ação por uma das partes perante o Judiciário (jurisdição concorrente); (4) pela jurisdição estatal na ação de nulidade do laudo; e (5) também na jurisdição estatal, quando da execução da decisão arbitral.

Importante aqui lembrar que nos diversos conceitos são apontados os limites, tanto em relação ao objeto, como em relação ao sujeito, delimitando doutrinariamente a arbitrabilidade objetiva e subjetiva.

Mesmo sendo julgado como inútil por alguns autores, a distinção de arbitrabilidade objetiva e subjetiva é reconhecida pela doutrina recente e até mesmo consagrada pela jurisprudência.⁵³

Apresentado o conceito de arbitrabilidade, com a finalidade de uma melhor aplicação de suas diferentes formas de entendimento, pode-se, para uma melhor conceituação do tema, classificá-la em: a) arbitrabilidade objetiva; e b) arbitrabilidade subjetiva.

⁵² HANOTIAU, Bernard. The law applicable to arbitrability. In: BERG, Albert Jan Van Den (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. International Council for Commercial Arbitration. The Hague: Aspen Publishers; Boston: Kluwer Law International, 1999. p. 147. (ICCA Congress Series, n. 9).

⁵³ HANOTIAU, Bernard, *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, cit., p. 902.

2.1.1 Arbitrabilidade objetiva

A arbitrabilidade objetiva ou *ratione materie* estabelece quais as matérias que podem ser submetidas à arbitragem, ou seja, limita as que podem ser tratadas quando da existência de controvérsias nos contratos nacionais ou internacionais que possuem cláusula arbitral.

Existem entendimentos de que a arbitrabilidade objetiva determina quais disputas podem ser submetidas à arbitragem, sendo uma condição de validade para a cláusula arbitral, assim como para a determinação do cabimento do tribunal arbitral.⁵⁴

Como condição de validade e respeito à jurisdição, não poderá a questão ser levada à arbitragem quando não autorizada por lei, fator determinante para o entendimento da arbitrabilidade objetiva. Quando o juiz estatal entender ser a questão inarbitrável, poderá proceder a uma ação concorrente, a uma ação de anulação, ou ainda ao *exequatur*.⁵⁵

Diante do exposto, cabe aqui questionar quais matérias podem ser submetidas à arbitragem.

Acreditamos que essa é uma questão quase que impossível de ser respondida, em decorrência de diversos motivos, dentre eles a forma de elaboração da convenção de arbitragem, a existência de lei escolhida pelas partes e ainda o diagnóstico legal que governará a arbitrabilidade.

Desse modo, ressaltamos que não existem matérias predeterminadas que estejam excluídas da arbitragem, pois deve a questão ser analisada nos termos de cada caso concreto, de acordo com as leis específicas de cada país. Mas para que a arbitragem seja instaurada, ou no futuro não seja questionada, a matéria deve ser considerada arbitrável.

⁵⁴ POUURET, Jean François; BESSON, Sébastien, *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 281-282.

⁵⁵ HANOTIAU, Bernard, *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, cit., p. 909.

Os direitos inalienáveis são geralmente considerados não arbitráveis porque tratam de matérias de interesse público, reservadas ao juízo estatal⁵⁶, assim como as questões de ordem pública, que podem ser consideradas como o maior dos limites impostos à arbitrabilidade. Nessa perspectiva, países como a França, a Suíça e os Estados Unidos possuem legislações que dispõem que a arbitrabilidade objetiva é limitada à questão da não-violação da ordem pública. Já quando ela é examinada no âmbito de uma disputa internacional, o Judiciário deve aplicar sua concepção de ordem pública internacional para determinar o cabimento ou não do uso da arbitragem como forma de solução do conflito.⁵⁷

2.1.2 Arbitrabilidade subjetiva

Entende-se a arbitrabilidade subjetiva, também chamada de *ratione personae*, como um limite, ou uma delimitação da arbitragem, que determina quem pode utilizar-se desse meio como forma alternativa de solução de conflitos.

As partes do procedimento arbitral são aquelas que por um acordo de vontade firmaram um contrato que contém uma convenção de arbitragem. Com o início de uma desavença, resolvem instaurá-la, com o objetivo de resolver questões específicas.

Para Emmanuel Gaillard e John Savage, certos indivíduos ou entidades estão impossibilitados de submeter suas disputas à arbitragem, por causa de seu *status* ou função.⁵⁸

Quando tratamos das partes, pretendemos entender quais pessoas ou entidades podem se submeter a uma disputa por meio de arbitragem, em razão de suas condições ou funções.

⁵⁶ HANOTIAU, Bernard. Objective arbitrability, its limits, its problem areas. In: BLESSING, Marc et al. *Objective arbitrability, antitrust disputes, intellectual property disputes: a collection of reports and materials delivered at the ASA Conference held in Zurich on 19 November 1993*. Basel: Association Suisse de L'Arbitrage (ASA), 1994. p. 31. (ASA Special Series, n. 6).

⁵⁷ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John, *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 330.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 313.

Bernard Hanotiau comenta que muitos direitos nacionais dispõem sobre a limitação da participação do Estado, autoridades locais ou entidades públicas como parte da arbitragem, limitando ou excluindo a arbitrabilidade dos litígios⁵⁹. Sendo assim, podem as leis nacionais de arbitragem determinar a possibilidade ou não de entes públicos firmarem convenção de arbitragem, o que muitas vezes não ocorre, surgindo nesse momento diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a questão.

Para José Maria Rossani Garcez, a arbitrabilidade subjetiva ocorre quando a parte não pode afastar a solução da controvérsia do exame do Judiciário, por não poder dispor do direito em litígio, em razão de seu *status* e na falta de autorização legal.⁶⁰

Há ainda os autores que entendem que a arbitrabilidade subjetiva é a que não permite que os Estados ou a entidade estatal façam parte de compromissos arbitrais ou solicitem uma autorização para que deles participem⁶¹.

E outros que dizem que a arbitrabilidade subjetiva é uma faculdade do Estado de se comprometer a participar de uma arbitragem. Em litígios internacionais, em que um Estado ou um órgão público são parte da arbitragem, a arbitrabilidade subjetiva é entendida como uma regra material de direito internacional, ou como um princípio de ordem pública internacional, cabendo ao Estado contestar a validade da convenção de arbitragem.⁶²

Já na concepção de Hilmar Raeschke-Kessler:

A arbitrabilidade subjetiva se torna relevante quando certos indivíduos ou entidades são considerados impedidos por suas leis nacionais de se submetem à arbitragem, por causa de seu *status* ou função (...) e tem como questão principal no que tange à validade do acordo de arbitragem firmado com o Estado ou entidades estatais, assim como o entendimento da lei nacional que regula a capacidade de arbitrar.⁶³

⁵⁹ HANOTIAU, Bernard, *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, cit., p. 904.

⁶⁰ GARCEZ, José Maria Rossani, *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*, cit., p. 46.

⁶¹ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M., *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 187-188.

⁶² HANOTIAU, Bernard, *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, cit., p. 904.

⁶³ RAESCHKE-KESSLER, Hilmar. Some developments on arbitrability and related issues. In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *International arbitration and national courts: the never ending story*. International Arbitration Congress, New Delhi, 2-4 March, 2000. International Council for Commercial Arbitration. The Hague: Aspen Publishers; Boston: Kluwer Law International, 2001. p. 44. (ICCA Congress Series, n. 10).

Diante dos conceitos e entendimentos doutrinários acima expostos, percebe-se que a questão da arbitrabilidade subjetiva se limita a determinar quem pode ser parte da arbitragem e possui capacidade para firmar a convenção, o que passa a ser relevante quando se questiona a capacidade dos Estados ou entidades estatais participarem de uma convenção de arbitragem, questão que será tratada mais adiante.

2.2 Elementos da arbitrabilidade e a lei aplicável

A arbitrabilidade possui elementos para uma completa formação da arbitragem, dentre os quais, podem ser destacados os seguintes: a) existência de um acordo de arbitragem válido, para que o direito de arbitrar possa ser utilizado como forma de solução do conflito; b) a constituição de um tribunal arbitral de acordo com as regras estabelecidas na convenção de arbitragem; e, c) respeito à ordem pública interna do país.

Respeitada a aplicação desses elementos, não há como se questionar a arbitrabilidade objetiva ou subjetiva, “pois ela é uma condição de validade da convenção de arbitragem e, conseqüentemente, da jurisdição dos árbitros”.⁶⁴

Porém, quando a arbitrabilidade é questionada, depara-se com a questão da lei aplicável para solucionar a questão objetiva ou subjetiva.

Assim, deve-se atentar à lei que deve ser aplicada em caso de litígio, pois tanto no âmbito de contratos nacionais quanto internacionais que contêm a cláusula de arbitragem, ao surgir o questionamento do sujeito ou do objeto durante a arbitragem, na hipótese de propositura de ação perante o Judiciário, em ação de nulidade do laudo ou quando da execução da decisão arbitral, deverá haver uma lei para regular a solução da questão.

Dentre as hipóteses conhecidas, podem ser apontadas: (1) a lei nacional das partes, ou de cada uma delas; (2) a lei determinada no contrato (*lex causae*); (3) a lei nacional do local da arbitragem (*lex loci arbitri*); (4) a lei do país onde o Judiciário é competente para

⁶⁴ No original: “L’arbitrabilité est en effet une condition de validité de la convention d’arbitrage et, partant, de la compétence des arbitres.” (HANOTIAU, Bernard, *L’arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, cit., p. 899 – Nossa tradução).

tratar da disputa envolvendo a cláusula arbitral; (5) a lei do país onde a sentença arbitral tem validade e foi requerida; (6) a lei que governa a cláusula arbitral ou compromisso arbitral; (7) uma combinação de todas as leis acima mencionadas; ou, ainda, (8) os fundamentos e princípios legais como forma de solução da arbitrabilidade objetiva ou subjetiva.

O direito internacional privado utiliza as denominadas regras de conexão para solucionar a lei aplicável à questão. Jacob Dollinger e Carmem Tibúrcio definem as regras de conexão como normas instituídas pelo direito internacional privado que indicam o direito aplicável às diversas situações jurídicas interligadas a mais de um sistema legal.⁶⁵

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro dispõe:

Artigo 9º - Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º - Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º - A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

No entendimento de Nadia de Araújo, a regra geral para a lei aplicável é a do local da constituição da obrigação (art. 9º da LICC)⁶⁶. Já Maria Helena Diniz⁶⁷ comenta que o artigo 9º não exclui a manifestação da livre vontade dos contratantes, se ela for admitida pela lei do local do contrato, o que nos leva a pensar nas duas possibilidades.

Para Jacob Dollinger e Carmem Tibúrcio⁶⁸, a matéria só é arbitrável se, por todas as leis, puder ser dirimida por arbitragem, o que, em nosso entendimento, parece ser inadequado, na medida que não há como diferentes leis elaboradas em diferentes momentos históricos, que tratam ou não especificamente da arbitragem, virem a permitir, ou não, a arbitrabilidade de determinada matéria ou sujeito.

⁶⁵ DOLLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen, *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, cit., p. 295.

⁶⁶ ARAÚJO, Nadia. *Direito internacional privado: teoria e pratica brasileira*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 322.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil interpretada*. 11. ed adaptada à Lei n. 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 287.

⁶⁸ DOLLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen, op. cit., p. 214.

A lei aplicável à arbitrabilidade pode variar, pois depende da questão a ser levada ao tribunal arbitral ou ao juiz estatal, e ainda porque o juiz estatal determinará a lei, ao rever a sentença ou aplicar a convenção de arbitragem.⁶⁹

No direito brasileiro, a regra para escolha da lei aplicável à arbitragem internacional é tratada por diversas legislações, que determinam de formas diferentes a escolha da lei a ser aplicada para solucionar a questão da arbitrabilidade.

Bernard Hanotiau entende que o tribunal arbitral deverá aplicar a lei escolhida na convenção de arbitragem, a lei autônoma escolhida, conforme determinam os artigos II (1) e V (1) (a) da Convenção de Nova Iorque de 1958⁷⁰ e VI (2) da Convenção de Genebra de 1961⁷¹. No entanto, quando não determinada pelas partes a lei a ser utilizada, deverão os árbitros utilizar a lei do contrato principal e, quando ela não estiver expressa, a lei que acharem mais conveniente, a do local da arbitragem ou a de comércio internacional.⁷²

Logo, os árbitros serão responsáveis pela determinação da lei e caberá a eles definir a que melhor poderá solucionar a questão.

No entendimento de Lew, Mistelis e Kröll, “a Convenção de Nova Iorque determina a lei para ser utilizada na solução da arbitrabilidade somente como forma de cumprimento.”⁷³

⁶⁹ POUURET, Jean François; BESSON, Sébastien, *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 283.

⁷⁰ Convenção de Nova Iorque, de 10.06.1958: “Artigo II - 1 - Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível ou não de solução mediante arbitragem. (...) Artigo V - 1 - O reconhecimento e a execução da 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 e a execução, 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, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes submeteram, ou na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida;”

⁷¹ Convenção de Genebra de 1961: “Art. VI (2) - *In taking a decision concerning the existence of the validity of an arbitration agreement, courts of contracting states shall examine the validity of such agreement with reference to the capacity of the parties under the law applicable to them and with reference to other questions.*”

⁷² HANOTIAU, Bernard, *The law applicable to arbitrability*, cit., p. 154.

⁷³ No original: “*The New York Convention provides only for the law of arbitrability only from the perspective of enforcement.*” (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M., *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 189 – Nossa tradução).

O artigo VI (2) da Convenção Européia de 1961 estabelece que os países utilizem suas leis nacionais para determinar a arbitrabilidade, assim como determina que os Judiciários podem não reconhecer a convenção de arbitragem se a lei desses países entender que a disputa não pode ser solucionada por meio de tal procedimento.⁷⁴

Craig, Park e Paulsson mencionam que o artigo 6º da Convenção Européia de 1961 apresenta uma lista das leis a serem escolhidas pelas partes para a questão da arbitrabilidade, estando de acordo também com a Convenção de Nova Iorque de 1958, que é uma evolução do Protocolo de Genebra de 1923, e que requer em sua seção 1 que a arbitrabilidade seja determinada por cada sistema de conflito de leis nacionais⁷⁵. Nesse sentido, pode a arbitrabilidade ser solucionada pela aplicação da lei escolhida pelas partes na convenção ou no contrato, assim como pela lei nacional da sede da arbitragem.

Nos termos do artigo 16 (1) da Lei Modelo da UNCITRAL⁷⁶, a lei do contrato não precisa ser a lei da cláusula arbitral. Sendo considerado nulo o contrato em determinado assunto, não estabelece a Lei Modelo da UNCITRAL que a cláusula de arbitragem também seria nula.

Para Raeschke-Kessler, quando “o local da arbitragem é escolhido pelas partes, é resultado de um acordo quanto a um local neutro. Particularmente, se as partes escolheram outra lei para governar o contrato, fica claro que elas não desejam que a lei local seja a lei aplicável à arbitragem. Ela não é adequada para determinar a arbitrabilidade da disputa.”⁷⁷

⁷⁴ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M., *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 193.

⁷⁵ CRAIG, W. Laurance; PARK, William W.; PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce arbitration*, cit., p. 62.

⁷⁶ Lei Modelo da UNCITRAL: “Art. 16 - Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction - (1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.”

⁷⁷ No original: “The place of the arbitration selected by the parties is often the result of the convenience and neutrality of the place. Particularly, if the parties have chosen another law to be the law governing their contract, it may be clearly taken that they do not wish to be bound by the law of the place of arbitration. Its law therefore is unsuitable to determine the arbitrability of their dispute.” (RAESCHKE-KESSLER, Hilmar, Some developments on arbitrability and related issues, cit., p. 48-49 – Nossa tradução).

A Lei Modelo da UNCITRAL trata, em seu artigo 16 (3)⁷⁸, da arbitrabilidade no local onde a sentença arbitral é válida, pois estando as partes sujeitas a duas leis diferentes, a lei onde a sentença é válida determinará a arbitrabilidade.

Para Poudret e Besson, a aplicação do critério da arbitrabilidade nos termos da *lex arbitri*⁷⁹ da sede da arbitragem não é universalmente reconhecido. Essa teoria supostamente deveria respeitar a autonomia das partes quanto à lei que deve reger a convenção de arbitragem, não podendo ser entendido por eles que esse critério seja decisivo, pois a arbitrabilidade constitui uma restrição legal à autonomia das partes, e tal autonomia existe quando o limite das regras da lei da sede da arbitragem deve ser respeitado pelo tribunal arbitral.⁸⁰

Poderão as partes utilizar a lei previamente determinada no contrato principal para ser usada também na convenção de arbitragem⁸¹ ou outra diferente da estabelecida no contrato, mas determinada na cláusula de arbitragem⁸². Muitas vezes, os tribunais determinam a arbitrabilidade da disputa com base nas regras do local da arbitragem.⁸³

Nesse sentido, caberá às partes, ao firmarem o contrato, determinar a lei que será aplicada no caso de arbitragem; valendo-se da autonomia de suas vontades, caberá a elas escolher a que entendem ser a mais conveniente, no caso do surgimento de uma controvérsia.

Caso não tenham as partes determinado a lei, e havendo disputa com relação ao mérito, deve a arbitrabilidade da disputa ser examinada de acordo com a *lex arbitri* da sede da arbitragem⁸⁴. Nesse ponto, entende-se que a lei interna do país deve autorizar

⁷⁸ Lei Modelo da UNCITRAL: “Art. 16 (3) - *The arbitral tribunal may rule on a plea referred in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in Art. 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.*”

⁷⁹ A lei nacional do local da arbitragem.

⁸⁰ POUURET, Jean François; BESSON, Sébastien, *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 284.

⁸¹ HANOTIAU, Bernard, *L’arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, cit., p. 909.

⁸² PARK, William W. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2006. p. 96.

⁸³ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M., *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 197.

⁸⁴ POUURET, Jean François; BESSON, Sébastien, op. cit., p. 288.

expressamente a utilização da arbitragem e, caso isso não aconteça, o Poder Judiciário é único meio pelo qual um conflito entre partes contratuais pode ser solucionado; no entanto, a não-autorização não nos parece necessária, pois em caso de dúvida, os árbitros têm plena condição de apontar a lei que deverá ser utilizada, conforme previsto pelas partes no contrato.

Nas palavras de Craig, Park e Paulsson as decisões arbitrais no âmbito da arbitrabilidade, do que pode ou não ser arbitrado, deverão ser submetidas ao controle do Judiciário do local da arbitragem, que não necessariamente recorrerá à lei determinada pela cláusula arbitral.⁸⁵

Em sentido contrário, podem-se destacar entendimentos de que a arbitragem deve ser governada pela lei do local da sede da mesma⁸⁶, principalmente no que tange à questão da arbitrabilidade quando a lei aplicável à convenção de arbitragem determina que a disputa não é arbitrável, declarar um caso particular arbitrável ou a lei estrangeira que é aplicável ao contrato vai contra o princípio da arbitragem comercial internacional, e ainda quando a lei aplicável à convenção de arbitragem declara a disputa arbitrável, mas ela é contrária ao princípio internacional da ordem pública do local da sede da arbitragem.⁸⁷

Diante dessas questões, não entendemos que a participação do Judiciário seja necessária. Uma vez que as partes optaram pelo uso da arbitragem, deverá o tribunal arbitral solucionar a questão da arbitrabilidade.

A lei aplicável para solucionar qualquer questão envolvendo a arbitrabilidade no direito brasileiro, caso a cláusula arbitral e o contrato não a definam, é a Lei de Introdução ao Código Civil, que determina que deve ser aplicada a lei do local de constituição da obrigação, ou seja, o local onde foi firmada a convenção de arbitragem.

⁸⁵ CRAIG, W. Laurance; PARK, William W.; PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce arbitration*, cit., p. 63.

⁸⁶ BLESSING, Marc. The law applicable to the arbitration clause and arbitrability. In: BERG, Albert Jan Van Den (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. International Council for Commercial Arbitration. The Hague: Aspen Publishers; Boston: Kluwer Law International, 1999. p. 174. (ICCA Congress Series, n. 9).

⁸⁷ HANOTIAU, Bernard, *The law applicable to arbitrability*, cit., p. 158.

No âmbito internacional, entendemos que a solução para a questão da aplicação da lei deve ser a escolhida pelas partes, ou seja, a lei da convenção, e, na falta desta, a do contrato deverá ser utilizada para solução da questão da arbitrabilidade.

2.3 Arbitrabilidade e limitações de ordem pública

A ordem pública destaca-se entre os elementos da arbitrabilidade por ser uma das questões limitadoras em muitos países, dentre os quais Brasil, França, Estados Unidos e Suíça.

Dentre as restrições anteriormente consideradas, entendemos que os limites impostos pela ordem pública no âmbito da arbitrabilidade do sujeito ou do objeto devem ser tratados separadamente, por serem limites frágeis e tópicos analisados de forma diferenciada nas diversas jurisdições, conforme estudaremos a seguir.

Primeiramente, deve-se atentar para o fato de que quando se fala de ordem pública, se faz referência a um conceito de difícil definição, considerado de grande amplitude pela doutrina.

Jacob Dollinger comenta que o conceito de ordem pública não pode ser definido e tem como principal característica essa indefinição.⁸⁸

Já Claudio Finkelstein entende que:

A ordem pública é mais que um conceito jurídico, pois contém elementos sociais e políticos, que variam não só no tempo, mas também de acordo com o intérprete, com sua formação e ideais, com suas crenças e valores. É um conceito jurídico, político e social que evolui, junto com a sociedade e seus integrantes.⁸⁹

⁸⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 7. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 392.

⁸⁹ FINKELSTEIN, Claudio. A homologabilidade da decisão arbitral e a exceção de ofensa à ordem pública frente ao direito internacional privado brasileiro. In: ARANA, Josyler; CACHAPUZ, Rozane da Rosa (Coords.). *Direito internacional: seus tribunais e meios de solução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 100.

A dificuldade em encontrar uma definição clara e comum para a ordem pública nos fez optar pelo entendimento de que ela é uma forma de limitação da arbitrabilidade, juntamente com as leis internas de um determinado país.

Irineu Strenger esclarece que aquilo que é ordem pública em um Estado pode não ser em outro⁹⁰, fato esse que dificulta a questão da arbitrabilidade, pois sendo a ordem pública um limite na utilização da arbitragem, não há como estabelecer que a decisão arbitral em um país será aceita em outro que entende ser a questão contrária à sua ordem pública.

Nesse sentido, Ricardo Ramalho Almeida expõe que a ordem pública é apenas um dos critérios disponíveis para delimitar a fronteira entre os litígios objetivamente arbitráveis e os inarbitráveis.⁹¹

A arbitrabilidade subjetiva ou objetiva, estando ou não estabelecida em lei, deve apresentar-se dentro dos limites impostos pela ordem pública do local da lei determinada na convenção de arbitragem e/ou do local da arbitragem.

No que concerne à arbitragem, as ordens públicas nacionais vêm sofrendo alterações ao longo dos anos, sob influência de inúmeros fatores, tais como o desenvolvimento dos sistemas políticos e legais, o envolvimento da economia nacional no comércio internacional, decisões políticas que promovem o investimento estrangeiro, a crescente aceitação da arbitragem pelos Estados e a outras diversas condições de favorecimento que autorizam esperar, com certeza, a modificação de conceitos tradicionais da ordem pública, reduzindo seus efeitos na esfera internacional da arbitragem.⁹²

No entendimento de Patrick Baron e Stefan Liniger, a arbitrabilidade, em sua essência, é uma questão de ordem pública.⁹³

⁹⁰ STRENGER, Irineu, *Arbitragem comercial internacional*, cit., p. 220.

⁹¹ ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 80.

⁹² STRENGER, Irineu, op. cit., p. 220.

⁹³ BARON, Patrick M.; LINIGER, Stefan. A second look at arbitrability, *Arbitration International*, London, London Court of International Arbitration (LCIA), v. 19, n. 1, p. 27, 2003.

Todavia, a ordem pública não é, como se pretendia, um critério indispensável à definição da arbitragem, mas sim um fator primordial na delimitação da livre disponibilidade. A ordem pública estabelece o limite da disponibilidade dos direitos e, por conseguinte, o da arbitrabilidade.⁹⁴

Pode-se ainda considerar que a arbitrabilidade está relacionada com as limitações de ordem pública, como método de solução de disputas. Dessa forma, os Estados devem seguir sua própria ordem econômica e social para definir o que deve ou não ser arbitrável, devendo a arbitragem ser utilizada em todos os casos que estejam relacionados com as questões de ordem comercial.⁹⁵

De acordo com Bucher e Tschanz, a arbitrabilidade é uma questão de ordem pública e é independente da intenção das partes.⁹⁶

No entanto, ao escolherem as partes que a arbitragem é o meio mais adequado para a solução de seus conflitos, não estão elas cientes da matéria que será tratada e, dessa forma, entendemos que a arbitrabilidade será resguardada pela ordem pública, quando da existência do conflito.

Poudret e Besson conceituam que a ordem pública é um limite à arbitrabilidade da disputa e que deve ser considerada como condição da jurisdição do tribunal arbitral; também, para a sua preservação, é um limitador do conteúdo da sentença arbitral.⁹⁷

No que tange à relação entre a ordem pública e a arbitrabilidade, a doutrina se divide, pois alguns entendem que a ordem pública é contrária à arbitragem, e outra corrente que a ordem pública limita a aplicação da arbitrabilidade, posição que consideramos ter maior validade.

⁹⁴ LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 64.

⁹⁵ HANOTIAU, Bernard, L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen, cit., p. 899.

⁹⁶ BUCHER, Andreas; TSCHANZ, Pierre Yves, *International arbitration in Switzerland*, cit., p. 79.

⁹⁷ POUURET, Jean François; BESSON, Sébastien, *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 293.

A arbitrabilidade de litígios, em abstrato, raramente interessa à ordem pública; ela apenas se sensibiliza com os resultados concretos alcançados.⁹⁸

William Park comenta que a ordem pública deve ser invocada como proibição da arbitragem em determinadas categorias de disputa, assim como para proteger a integridade do processo arbitral, em matérias como árbitros e o devido processo legal.⁹⁹

Esses limites são impostos pela ordem pública, restringindo a utilização da arbitragem em determinadas matérias, formas e partes. No entanto, deverão os árbitros apresentar seus entendimentos quanto ao limite que a ordem pública impõe ao caso concreto.

O conhecimento das leis e regras internas de cada país não pode ser desconsiderado pelo tribunal arbitral, pois surgiria inevitável polêmica de substancial relevância e constrangimento entre os países, e sobretudo para o instituto da arbitragem. Assim, concluímos que a aplicação da ordem pública como um limite à arbitragem existe, porém não gera uma negação à aplicação do instituto.

2.4 Breve noção dos princípios aplicados à arbitrabilidade

No estudo da arbitrabilidade, existem alguns princípios de relevância. Dentre eles, destacam-se os princípios da não-arbitrabilidade (*non-arbitrability doctrine*), da *kompetenz-kompetenz* e da doutrina do segundo olhar (*second look doctrine*).

2.4.1 *Non-arbitrability doctrine*

Quando se fala da incapacidade de resolução de conflitos por meio da arbitragem, não se pode deixar de mencionar a denominada doutrina da não-arbitrabilidade (*non-arbitrability doctrine*). De um modo geral, todos os países apresentam categorias de matérias que não podem ser arbitráveis. Elas podem ser assim consideradas por causa de

⁹⁸ ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.), *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*, cit., p. 140.

sua importância pública, por necessitarem de um procedimento ou de proteção judicial, ou mesmo devido à proibição existente em muitos países da instituição de arbitragem em matérias relacionadas à ordem pública.

Conferem Lew, Mistelis e Kröll:

Na maioria dos casos a não-arbitrabilidade de uma disputa é presumida por uma das partes que deseja desistir da arbitragem. A parte deseja que a disputa seja decidida pelo Judiciário. No entanto, existem casos em que nenhuma das partes questiona a arbitrabilidade. As partes podem não ter percebido a arbitrabilidade ou desejam que a questão seja solucionada por particulares.¹⁰⁰

No entanto, não está sempre claro quando uma matéria é considerada não arbitrável. Dentre as mais mencionadas como inarbitráveis, estão as questões que envolvem direito de família, antitruste, seguros, direito penal e direitos trabalhistas.

A mesma dificuldade que existe para se identificar a arbitrabilidade da questão também ocorre para se identificar a inarbitrabilidade. Para Gary B. Born, “freqüentemente a legislação não identifica as matérias não arbitráveis, particularmente em questões internacionais.”¹⁰¹

Ainda para o mesmo autor, durante os anos 80, muitos países desenvolveram suas jurisdições e expandiram a doutrina da não-arbitrabilidade, conduzindo-a para um final. Na Europa, diversas decisões judiciais da União Européia, especialmente da Corte de Justiça Européia, consideraram a matéria de defesa da concorrência como arbitrável, após a questão ser revista judicialmente.¹⁰²

⁹⁹ PARK, William W., *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*, cit., p. 88.

¹⁰⁰ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M., *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 219.

¹⁰¹ No original: “Often, however, legislation does not expressly address the subject of non-arbitrability – particularly in international matters.” (BORN, Gary B. *International commercial arbitration: commentary and materials*. 2nd ed. Ardsley, NY: Transnational Publishers; The Hague, The Netherlands: Kluwer Law International, 2001. p. 248 – Nossa tradução).

¹⁰² BORN, Gary B. *International commercial arbitration: commentary and materials*, cit., p. 257-274.

2.4.2 Princípio da *kompetenz-kompetenz*

O princípio da *kompetenz-kompetenz*¹⁰³ é de grande relevância quando se trata da questão da arbitrabilidade, pois ele possibilita aos árbitros apreciar sua própria competência, incluindo os limites objetivos e subjetivos das questões arbitráveis.

De acordo com o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, cabe ao tribunal arbitral decidir se cabe a ele a resolução da controvérsia ou não, e somente após tal decisão é que este poderá rever o compromisso e considerar os princípios legais que estão afetando a jurisdição, assim caberá ao tribunal também verificar a arbitrabilidade da disputa.¹⁰⁴

Hoje, já reconhecido por diversas instituições de arbitragem, convenções internacionais, pelos mais modernos estatutos de arbitragem e formalizado por diversas leis como a alemã, francesa e brasileira, é tido por Emmanuel Gaillard e John Savage como a mais importante regra da arbitragem internacional, apontado constantemente como “*the well-known principle of Kompetenz-Kompetenz*”.¹⁰⁵

Carlos Alberto Carmona entende por princípio da *kompetenz-kompetenz*:

A competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca da capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral.¹⁰⁶

Para William W. Park, o princípio da *kompetenz-kompetenz* é um mecanismo que previne a má-fé da parte que deseja parar o procedimento arbitral mesmo antes dele ter início.¹⁰⁷

¹⁰³ Nomenclatura para o princípio em alemão, conhecido pela lei francesa como *competence-competence*.

¹⁰⁴ BARON, Patrick M.; LINIGER, Stefan, A second look at arbitrability, cit, p. 27.

¹⁰⁵ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John, *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 395-396.

¹⁰⁶ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*, cit., p. 160.

¹⁰⁷ PARK, William W., *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*, cit., p. 96.

Nesse sentido, é permitido que os árbitros autorizem o andamento da arbitragem quando a arbitrabilidade ou a sua competência sofrer qualquer tipo de tentativa de impedimento, por qualquer motivo que seja.

O princípio da *kompetenz-kompetenz* é o poder dos árbitros de serem os únicos juizes de sua jurisdição, podendo ser submetidos à jurisdição estatal. Produz efeitos positivos e negativos, sendo positivo o reconhecimento pelas convenções internacionais e estatutos de arbitragem internacional, e negativo o fato dos árbitros não serem os únicos juizes, mas serem os primeiros juizes de sua jurisdição.¹⁰⁸

Quando se trata do tema da arbitrabilidade, é relevante a utilização do princípio da *kompetenz-kompetenz*, pois ele autoriza os árbitros a decidirem sobre os limites da arbitragem, tanto relativo às questões de arbitrabilidade objetiva, quanto de arbitrabilidade subjetiva.

Jean-Baptiste Racine entende que “o princípio da *kompetenz-kompetenz* confere eficácia à cláusula de arbitragem, impedindo o juiz estatal de se pronunciar no lugar do árbitro sobre a competência deste. A *kompetenz-kompetenz* protege também a cláusula arbitral contra as causas de ineficácia processual associadas a uma contestação da competência arbitral.”¹⁰⁹

Caso a lei não autorize aos árbitros a serem os primeiros para apreciar a questão, o instituto da arbitragem ficará comprometido, pois os tópicos que deveriam ser apreciados pelos árbitros serão pelo juiz estatal.

No Brasil, a Lei n. 9.307/96 adotou de forma irrestrita o princípio da *kompetenz-kompetenz*:

Artigo 8º - A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

¹⁰⁸ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John, *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 401.

¹⁰⁹ No original: “*Le principe de compétence-compétence a donné une efficacité procédurale à la clause d’arbitrage en empêchant le juge étatique de se prononcer à la place de l’arbitre sur la compétence. La compétence-compétence protège ainsi la clause d’arbitrage contre les causes d’inefficacité procédurale liées à une contestation de la compétence arbitrale.*” (RACINE, Jean-Baptiste, *Réflexions sur l’autonomie de l’arbitrage commercial international*, cit., p. 314 – Nossa tradução).

Parágrafo único - Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade, e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Para Eleonora Pitombo, o legislador brasileiro aplicou a regra dentro dos limites corretos, não descumprindo nenhum ditame constitucional, muito menos ofendendo à ordem pública.¹¹⁰

A lei de arbitragem brasileira entende estar autorizado o árbitro a decidir também sobre a arbitrabilidade da matéria e do sujeito. Assim, terão os árbitros jurisdição para solucionar as questões relacionadas ao limite da arbitragem, dando andamento ao procedimento arbitral, quando efetivamente estiver tal pendência por eles solucionada.

2.4.3 *Second look doctrine*

A doutrina da “segunda opinião” (*second look doctrine*) estabelece, no âmbito de um procedimento de revisão, que as decisões arbitrais internacionais devem ser submetidas a um controle judicial posterior no país em que irá ser reconhecida e executada, em conformidade com a legislação local.

Tal doutrina teve origem com o caso *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*¹¹¹ nos Estados Unidos, mas hoje é considerada pouco aplicável, uma vez que os tribunais norte-americanos não utilizaram a “segunda opinião” sobre as decisões arbitrais.

A reavaliação da decisão tomada pelos árbitros pelo Judiciário, no que tange à arbitrabilidade da matéria, coloca à prova o instituto da arbitragem que, ao ser revisto, deixa de ter a autonomia conquistada no decorrer dos anos.

¹¹⁰ PITOMBO, Eleonora Coelho. Os efeitos da convenção de arbitragem: adoção do princípio *kompetenz-kompetenz* no Brasil. In: LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 332.

¹¹¹ 473 US 614 (1985).

Diante de tal questão, a não utilização da “segunda opinião” nos Estados Unidos mostra que os tribunais norte-americanos não precisam reavaliar as decisões arbitrais, o que demonstra a confiança no instituto.

2.5 Arbitrabilidade nos Estados Unidos, Suíça e França

Alguns países são mais ou menos flexíveis na aplicação da forma de solucionar conflitos, com ou sem reais limitadores impostos pela lei ou pelos costumes. Há diferenças quanto à arbitrabilidade, de país para país. Por exemplo, uma questão contrária à ordem pública de uma jurisdição pode não ser em outra.

Nas arbitragens internacionais, a arbitrabilidade é mais liberal, uma vez que fica muito difícil restringir os limites de atuação nos termos de uma única lei interna.

Para Poudret e Besson “a maioria das leis de arbitragem que tratam de questões de acordo entre partes capazes são arbitráveis.”¹¹²

Porém, cada país apresenta diferenças de acordo com o sistema legislativo que é seguido, ou seja, regras específicas devem ser usadas no que tange ao sistema do *common law*, assim como o do *statute law*.

No entendimento de Lew, Mistelis e Kröll, as diferentes leis nacionais de arbitragem não regulam qual lei deve tratar da arbitrabilidade e raramente determinam de forma direta quais disputas são arbitráveis. Nos países de *common law*, essa questão pode ser observada na jurisprudência; já os vários países de *civil law* têm definida a lei que deve ser aplicada à arbitrabilidade.¹¹³

¹¹² No original: “The majority of arbitration laws provide that claims capable of party settlement are arbitrable.” (POUDRET, Jean François; BESSON, Sébastien, *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 289 – Nossa tradução).

¹¹³ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M., *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 194.

Dentre as leis de arbitragem mais conhecidas, apresentaremos o aspecto da arbitrabilidade na Lei dos Estados Unidos, da Suíça e da França.

2.5.1 Estados Unidos

A arbitragem nos Estados Unidos é aplicada nos termos do Federal Arbitration Act 1925 (FAA) ou United States Arbitration Act (USAA), codificado em 1947 e aditado em 1954 e 1970, cujos termos visam garantir a aplicação do instituto no direito americano. A arbitrabilidade é tratada sem nenhum conflito, de acordo com a legislação federal, desde que não esteja convencionada por outro estatuto federal.

Nos casos em que se aplica o FAA, a arbitrabilidade deve ser considerada uma questão de lei federal, sendo esse o caso de uma arbitragem internacional; já para as outras questões que possam vir a surgir no caso da arbitragem, deverá ser usada a lei estadual¹¹⁴. O FAA deixa clara sua intenção de promover a arbitragem e, nesse sentido, a arbitrabilidade somente poderá ser negada no caso da proibição por outra lei federal.¹¹⁵

A arbitrabilidade não é determinada por um único critério no direito americano¹¹⁶, é tratada não somente como objetiva e subjetiva, mas também considerada de acordo com os termos da cláusula e do compromisso arbitral.¹¹⁷

No entanto, Bernard Honatiau descreve que o conceito da arbitrabilidade nos Estados Unidos é confuso, pois não só atinge a arbitrabilidade, como também o escopo da determinação da cláusula arbitral.¹¹⁸

No entendimento de Poudret e Besson:

¹¹⁴ POUURET, Jean François; BESSON, Sébastien, *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 291.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 292.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 290.

¹¹⁷ BARON, Patrick M.; LINIGER, Stefan, *A second look at arbitrability*, cit, p. 28.

¹¹⁸ HANOTIAU, Bernard, *Arbitration in banking and financial matters...*, cit., p. 34.

Nos Estados Unidos, o conceito de arbitrabilidade é delimitado e inclui o escopo da convenção de arbitragem. Isso implica, por um lado, que a disputa deve estar dentro das provisões da convenção de arbitragem e, por outro, que a lei não pode proibir o tribunal arbitral de decidir as questões que forem a ele submetidas.¹¹⁹

A atuação da jurisprudência é de grande relevância nos Estados Unidos, em especial nos casos cujo limite da arbitragem é imposto pela ordem pública. Casos relevantes como *Schenk v. Alberto Curver Co.*¹²⁰ colaboraram para o entendimento de que sendo uma parte da arbitragem estrangeira, o comércio internacional supera as questões internas, pois não há uma forma de limitar a parte estrangeira nos termos de uma lei diferente da sua.

A arbitrabilidade foi ainda discutida em casos como o da *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*¹²¹, que tratou da questão de antitruste, *Sheason/American Express Inc. v. McMahon*¹²², que ajudou a ampliar a atuação da arbitrabilidade em outras áreas do direito, e ainda *Vilmar Seguros y Reaseguros AS v. M/V Sky Reefer et al.* (1995).¹²³

Nos Estados Unidos, foi ainda decidido que é arbitrável uma questão em que uma comunidade indígena (*Citizen Band Potawatomi Indian Tribe of Oklahoma*) é parte, o que para muitos poderia ser considerável inaceitável pois existe imunidade para as questões tribais.¹²⁴

Laurance Graig, William Park e Jan Paulsson informam que “a Suprema Corte Americana eliminou os limites federais impostos à arbitrabilidade nas questões envolvendo

¹¹⁹ No original: “*In the United States, the concept of arbitrability is broader and includes the scope of the arbitration agreement. It implies, on the one hand, that the dispute falls under the provisions of the arbitration agreement and, on the other hand, that the law does not forbid the arbitral tribunal from deciding the questions submitted to it.*” (POUDRET, Jean François; BESSON, Sébastien, *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 282 – Nossa tradução).

¹²⁰ 417 US 506 (1974).

¹²¹ 473 US 614 (1985).

¹²² 482 US 220(1987).

¹²³ 515 US 528 (1995).

¹²⁴ Supreme Court of The United States. *C & L Enterprises, Inc. V. Citizen Band Potawatomi Indian Tribe of Oklahoma*. Certiorari to the Court of Civil Appeals of Oklahoma. No. 00-292. Argued March 19, 2001 - Decided April 30, 2001.

os regulamentos de segurança, antitruste e transporte marítimo, assim como outras restrições estatais referentes à arbitrabilidade.”¹²⁵

O Caso *First Options v. Kaplan*¹²⁶ tratou da questão da arbitrabilidade, pois Kaplan e seus acionistas entendiam que a questão de débitos em favor da *First Options* não existia, assim como afirmavam que a convenção de arbitragem não havia sido assinada. A Suprema Corte Americana, em sua decisão, distinguiu a existência de três elementos: (a) o mérito da disputa; (b) a arbitrabilidade da disputa; e, (c) a distinção entre a função da corte e dos árbitros com relação à determinação da arbitrabilidade.¹²⁷

William Park acrescenta:

A arbitrabilidade tratada no Caso *First Options* tem como principal questão a interpretação do termo “arbitrabilidade”, que trata de elementos relacionados ao poder do árbitro no âmbito da disputa: quando o árbitro eleito concorda com a arbitragem; com o escopo da cláusula arbitral; e a ordem pública limitando o que os árbitros podem decidir ou não.¹²⁸

Nesse diapasão, não há como negar que existem limites à arbitragem no direito americano, que não são muito relevantes internacionalmente, no entanto, internamente, há ainda questões que afetam matérias referentes ao direito do consumidor e ao direito trabalhista.¹²⁹

2.5.2 Suíça

¹²⁵ No original: “*The U.S. Supreme Court has ended federal limits on arbitrability of claims relating to securities regulation, antitrust, and maritime transport, as well as many state restrictions on subject matter arbitrability.*” (CRAIG, W. Laurance; PARK, William W.; PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce arbitration*, cit., p. 603 – Nossa tradução).

¹²⁶ 115 S.Ct.1920 (1995)

¹²⁷ PARK, William W., *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*, cit., p. 85.

¹²⁸ No original: “*The arbitrability dicta in First Options might lend itself to misunderstanding and mischief principally because the catchall term ‘arbitrability’ can cover several elements of the arbitrator’s power to hear the dispute: whether the person alleged to be bound did indeed agree to arbitration; the scope of the arbitration clause; and public policy limits on what arbitrators can and cannot decide.*” (PARK, William W., *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*, cit., p. 87 – Nossa tradução).

¹²⁹ CRAIG, W. Laurance; PARK, William W.; PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce arbitration*, cit., p. 603.

As questões relacionadas à arbitragem são reguladas na Suíça pela lei denominada *International Concordat*, datada de 27 de março de 1969, pouco interessante para arbitragens internacionais, e pela *Private International Law Act (PIL)*, lei federal de 18 de dezembro de 1987 que, em seu artigo 177 do Capítulo 12 trata da arbitrabilidade.

O artigo 177 estabelece que: (a) qualquer disputa envolvendo um interesse econômico pode ser objeto de arbitragem; (b) o Estado, uma empresa estatal ou uma organização controlada pelo Estado, que sejam parte de uma arbitragem, não pode invocar sua lei para contestar sua capacidade para arbitrar ou a arbitrabilidade da disputa, nos termos da cláusula/compromisso arbitral.¹³⁰

No entendimento de Bernard Hanotiau, o artigo 177 é de grande relevância, pois a arbitrabilidade deve ser determinada nos termos da lei de arbitragem, não sendo relevante a eventual incompatibilidade da ordem pública com a lei estrangeira que está sendo aplicada, de acordo com o que foi convencionado entre as partes.¹³¹

Esse artigo da PIL determina a arbitrabilidade, estabelecendo o que é arbitrável e o que não é, no que tange às arbitragens nacionais ou internacionais no país, possibilitando uma interpretação ampla, em virtude da lei autorizar que seja arbitrada qualquer questão referente ao interesse econômico.

Conforme Poudret e Besson, “o Tribunal Federal Suíço enfatizou que a regra material de direito internacional governada pela *lex arbitrii* se sobressai às provisões estritas que podem se basear nos termos da *lex causae* ou da lei nacional das partes.”¹³²

Para Bernard Hanotiau, “esse artigo consagra uma regra material aplicável não somente como regra no direito suíço, mais igualmente a todas as arbitragens que ocorrem

¹³⁰ “Article 177: (1) Any dispute involving an economic interest (*vermögensrechtlicher Anspruch*) may be the subject of an arbitration. (2) A state, or an enterprise held by, or an organization controlled by a state, which is party to an arbitration agreement, cannot invoke its own law in order to contest its capacity to arbitrate or the arbitrability of a dispute covered by the arbitration agreement.”

¹³¹ HANOTIAU. Bernard, *Objective arbitrability, its limits, its problem areas*, cit., p. 31.

¹³² No original: “The Swiss Federal Tribunal has emphasized that this is a material rule of private international law governed by the *lex arbitrii* regardless of any stricter provisions which might apply under the *lex causae* or under the national law of the parties.” (POUDRET, Jean François; BESSON, Sébastien, *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 289 – Nossa tradução).

na Suíça. A evolução consagra a jurisprudência nacional, assim como a prática arbitral internacional.”¹³³

Para Patrick M. Baron e Stefan Liniger, a lei suíça só apresenta a ordem pública como limite para a arbitragem.¹³⁴

Na Suíça, a arbitragem é utilizada em diversas matérias, nos casos que envolvem propriedade ou interesses financeiros, antitruste, propriedade intelectual, no âmbito do direito de família, herança e propriedade; casos que em geral tratam de questões com valor monetário são arbitráveis, assim como os societários que envolvem propriedade, relação entre sociedade e seus acionistas, entre sócios, e ainda de anulação de acordo de acionistas.¹³⁵

A International Concordat estabelece ainda, diferentemente de outras legislações, em seu artigo 5º, a possibilidade do árbitro questionar de ofício a arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

O caso *Ficantieri-Cantieri Navali Italiani SpA. v. Oto Melara*, de junho de 1992, é relevante para a questão da arbitrabilidade no direito suíço¹³⁶, pois decidiu-se que a arbitrabilidade está definida nas obrigações do contrato firmado entre as partes e determinou também a lei da causa.

A Suíça é reconhecidamente um dos países onde a arbitragem comercial internacional tem sido melhor acolhida, favorecendo a arbitrabilidade *prima facie* de toda matéria patrimonial.¹³⁷

A legislação suíça, além de apresentar claramente somente a ordem pública como um limite à arbitragem, coloca também em evidência a arbitragem internacional, o que não ocorre, por exemplo, na França.

¹³³ No original: “*Cet article consacre donc par une règle matérielle applicable non seulement lorsque la question est régie par le droit suisse mais également à tous les arbitrage qui se déroulent en Suisse, l’évolution consacrée par les jurisprudentes nationales et la pratique arbitrale internationale.*” (HANOTIAU, Bernard, *L’arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, cit., p. 908 – Nossa tradução).

¹³⁴ BARON, Patrick M.; LINIGER, Stefan, *A second look at arbitrability*, cit., p. 34.

¹³⁵ BUCHER, Andreas; TSCHANZ, Pierre Yves, *International arbitration in Switzerland*, cit., p. 42.

¹³⁶ BGE 118 II 353.

2.5.3 França

O Código de Processo Civil francês, promulgado em 1980, trata em seus artigos 1.442 a 1.507 da arbitragem nacional e internacional, mas é o Código Civil francês, lei de 1972, que regula a arbitragem, em seu título XVI, artigos 2.059 e 2.060, e dispõe sobre o compromisso arbitral.

O artigo 2.059 do Código Civil francês estabelece que todas as pessoas podem firmar compromisso a respeito de direitos sobre os quais podem dispor livremente.¹³⁸

E o artigo 2.060 diz ainda que não se pode firmar compromisso sobre as questões de Estado e de capacidade das pessoas, relacionadas a divórcio ou separação de corpos, ou sobre os litígios que interessem à coletividade pública ou estabelecimentos públicos e em todas as matérias que interessam à ordem pública. Não obstante, certas categorias de estabelecimentos públicos de caráter industrial e entidades públicas comerciais podem ser autorizadas por decreto a firmar compromisso.¹³⁹

Diante do estabelecido nesses artigos, entende-se que a arbitrabilidade está restrita aos direitos disponíveis na França, assim como o Estado está afastado da arbitragem e a ordem pública é limitadora do instituto.

No entendimento de Emmanuel Gaillard e John Savage, sobre arbitrabilidade subjetiva no direito francês, os artigos 83 e 1.004 da versão do Código de Processo Civil francês de 1806 eram interpretados pelo Judiciário proibindo o Estado e autoridades locais de fazerem parte de uma arbitragem doméstica. Com a entrada em vigor do novo Código

¹³⁷ ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.), *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*, cit., p. 90.

¹³⁸ “Titre XVI: Du compromis. Article 2.059 - Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.”

¹³⁹ “Titre XVI: Du compromis. Article 2.060 - On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre.”

de Processo Civil, foram revogados esses artigos, no entanto foi mantido o mesmo entendimento com a redação do artigo 2.060 do Código Civil.¹⁴⁰

A legislação francesa vem se tornando mais e mais liberal, principalmente quando interpretada pela doutrina e pela jurisprudência, a exemplo do artigo 2.060 do Código Civil francês.¹⁴¹

No entendimento de Emmanuel Gaillard e John Savage, a legislação francesa sobre arbitragem é essencialmente uma referência¹⁴², sendo a arbitrabilidade somente limitada pela ordem pública internacional.¹⁴³

O artigo 2.060 do Código Civil francês se refere a essa limitação, resguardando nesse sentido a ordem pública. No entanto, não são unânimes as opiniões nesse sentido, havendo um debate sobre o texto, que é bastante complexo¹⁴⁴. Porém, a jurisprudência francesa permite um maior esclarecimento sobre o tema da arbitrabilidade.

Bernard Hanotiau sintetiza as interpretações dadas ao artigo 2.060 do Código Civil da seguinte forma:

“a) a arbitrabilidade do litígio no que tange a ordem pública não deve tratar da proibição aos árbitros de aplicação de disposições imperativas. A arbitrabilidade do litígio não pode excluir de fato uma regulamentação de ordem pública e aplicar como resposta o direito litigioso, e ainda, b) “a nulidade do compromisso não se deve ao fato de que a questão tocou no âmbito da ordem pública, mas unicamente ao fato de que a ordem pública foi violada”. Com estas considerações sobre o objeto do litígio feitas ao objeto do compromisso, quando dada ao árbitro para julgamento, este se manifestará ou não influenciado pela ordem pública para proibir ou autorizar a arbitragem validando o compromisso. A arbitrabilidade, em outros termos, dependerá da característica *acessória* ou *essencial* para se reportar ao objeto do litígio, da disposição da ordem pública frente à contestação. Assim, não pode ser solicitado aos árbitros que julguem a aplicação de uma regulamentação de ordem pública não condenando um

¹⁴⁰ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John, *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 314.

¹⁴¹ HANOTIAU, Bernard, *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, cit., p. 901.

¹⁴² GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John, op. cit., p. 63.

¹⁴³ POUDRET, Jean François; BESSON, Sébastien, *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 289.

¹⁴⁴ HANOTIAU, Bernard, op. cit., p. 934.

fato ilícito nem de estabelecer uma contradição sobre uma disposição imperativa.”¹⁴⁵

Percebe-se ainda que a legislação francesa prevê a possibilidade do compromisso ser firmado em caso de conflito. No entanto, os artigos acima descritos não tratam da arbitragem internacional.

Selma M. Ferreira Lemes, ao comentar a legislação francesa, acrescenta:

Partindo de tradição rígida que remonta ao Código de Processo Civil de 1806 de não permitir que o Estado firmasse convenção de arbitragem, chegamos a uma sucessão de leis e decretos que flexibilizaram a mencionada interdição, culminando com a Lei de 1975, que alterou o artigo 2.060 do Código Civil, permitindo que certas categorias de estabelecimentos públicos industriais e comerciais previamente autorizados pelo Executivo possam concluir convenção de arbitragem.¹⁴⁶

A França editou ainda a Lei de 19 de agosto de 1986 derogando o artigo 2.060 do Código Civil, que autorizou o Estado a contratar com sociedades estrangeiras, visando ao interesse nacional e permitindo a subscrição das cláusulas arbitrais para solucionar litígios referentes a esses contratos.¹⁴⁷

2.6 O direito brasileiro e a arbitrabilidade – Lei n. 9.307/96

¹⁴⁵ No original: “a) d’une part, l’arbitrabilité d’un litige au regard de l’ordre public ne doit pas s’entendre de l’interdiction faite aux arbitres d’appliquer au rapport de droit litigieux; b) d’autre part, “la nullité du compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d’ordre public, mais uniquement du fait que l’ordre public a été violé”. C’est donc dans la considération de l’objet du litige faisant l’objet du compromis, c’est-à-dire dans ce qu’on donne réellement à juger aux arbitres, que se manifestera ou non l’influence de l’ordre public pour interdire ou autoriser l’arbitrage au niveau de la validité du compromis. L’arbitrabilité, en d’autres termes dépendra du caractère accessoire ou essentiel, par rapport l’objet du litige, de la disposition d’ordre public mise en jeu par la contestation. Ainsi, il ne peut être demandé aux arbitres de se faire juges de l’application d’une réglementation d’ordre public ni condamner à accomplir un fait illicite, ni de statuer en contradiction avec une disposition impérative.” (HANOTIAU, Bernard, *L’arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, cit., p. 935 – Nossa tradução).

¹⁴⁶ LEMES, Selma Maria Ferreira. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública: a empresa estatal, o estado e a concessão de serviço público. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coords.). *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 191.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 191.

A Lei n. 9.307/96 dispõe em seu artigo 1º sobre a arbitrabilidade no direito brasileiro:

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

Diante desse artigo, a lei brasileira estabelece primeiramente que as partes da arbitragem devem ter capacidade para contratar, assim como o objeto arbitrável deve ser patrimonial e disponível.

O legislador, ao dispor sobre a capacidade de contratar, entende ser essa a arbitrabilidade subjetiva, ou seja, a limitação imposta por lei para que um sujeito seja ou não parte da arbitragem.

No que tange à arbitrabilidade objetiva, o legislador limitou a matéria da arbitragem às questões patrimoniais e de direitos disponíveis.

A arbitragem só é admitida entre pessoas capazes de contratar e para questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, devendo a arbitrabilidade da questão ser definida tanto pelo caráter patrimonial da relação litigiosa, quanto pela disponibilidade dos direitos envolvidos. *Contrario sensu*, são insuscetíveis de submissão à arbitragem as questões extrapatrimoniais ou as que envolvam direitos indisponíveis.¹⁴⁸

Nas palavras de Jacob Dollinger e Carmen Tibúrcio, a arbitrabilidade é uma condição de validade da convenção arbitral e, conseqüentemente, da competência dos árbitros, e ainda se relaciona à possibilidade de determinada pessoa ou litígio sujeitar-se à arbitragem.¹⁴⁹

A capacidade de contratar é a capacidade jurídica, pressuposto de todos os direitos e obrigações. O Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2002) dispõe, em sua Parte Geral, Livro I, Título I (Das pessoas naturais), Capítulo I (Da personalidade e da capacidade), que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

¹⁴⁸ ARAÚJO, Nadia, *Direito internacional privado: teoria e pratica brasileira*, cit., p. 424.

Dessa maneira, conforme dispõe a legislação brasileira, para ser parte da arbitragem, é necessário ter capacidade de contratar. Dentre os sujeitos que têm capacidade de contratar, há sujeitos particulares e públicos, entre eles o Estado, as sociedades de economia mista e as agências, todos considerados membros da Administração Pública.

Assim, após o entendimento da possibilidade de contratar, resta definir a arbitrabilidade objetiva no direito brasileiro e, para isso, é preciso compreender o significado, nos termos da Lei de Arbitragem, de direito patrimonial disponível.

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência.¹⁵⁰

A disponibilidade envolve direitos passíveis de serem renunciados ou constituírem objeto da transação, em suma, de disposição pelas partes; já a indisponibilidade nega a livre disposição dos que se encontram entre os direitos ou atos de natureza pública que não comportam a disposição ou renúncia, ou dos de natureza cogente, que as partes não podem dispor em termos negociais ou transacionais.¹⁵¹

No campo privado, a disponibilidade é a possibilidade qualitativa da alienação a qualquer título, de bens ou direitos individuais ou coletivamente titulados. Derivadas dessa forma de dispor livremente de bens ou direitos é que a economia conceitua as disponibilidades existentes em um acervo patrimonial, pela maior ou menor possibilidade de sua imediata conversão em valores monetários.¹⁵²

Quando disponível, entende-se que o direito pode ser objeto de renúncia, transação ou cessão pelo seu titular, características que na Lei de Arbitragem brasileira determinam a arbitrabilidade do objeto.

¹⁴⁹ DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen, *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, cit., p. 213.

¹⁵⁰ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*, cit., p. 56.

¹⁵¹ GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional – Regras da Lei n. 9.307/96 e de outras legislações – Normas de ordem pública em diversos sistemas – Antecedentes jurisprudenciais. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 4, n. 12, p. 338, abr./jun. 2001.

¹⁵² SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da arbitrabilidade. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 3, n. 10, p. 363, out./dez. 2000.

No direito brasileiro, podem-se destacar como questões indisponíveis, ou seja, as que devem ser decididas por juízes estatais, as que são consideradas de ordem pública, as que dizem respeito ao Estado e a capacidade das pessoas, as de direito alimentar, falimentar, fiscal, trabalho, que envolvem testamento, inventário, arrolamento, as relativas à Fazenda Pública, as ações que sofrem intervenção do Ministério Público ou as coletivas, como a ação civil pública.

Vale a pena salientar que os direitos indisponíveis¹⁵³ devem ser interpretados nos termos do Código Civil brasileiro que, em seu artigo 852¹⁵⁴, veda a utilização do compromisso arbitral em questões de Estado, direito de família e questões não patrimoniais.

Nas palavras de José Maria Rossani Garcez:

A Lei de Arbitragem brasileira dispõe supletivamente no artigo 39, que será negada a homologação à sentença arbitral estrangeira se o STF constatar que o objeto do litígio não é passível, segundo nossa lei, de ser resolvido por arbitragem, o que pode nos remeter, novamente, em várias hipóteses, à questão dos direitos patrimoniais indisponíveis.¹⁵⁵

João Bosco Lee, ao tratar das matérias indisponíveis, salienta que se se partir do princípio de que todas as relações litigiosas de caráter pecuniário são disponíveis, as matérias extrapatrimoniais são, ao contrário, consideradas indisponíveis, e, conseqüentemente, inarbitráveis.¹⁵⁶

A patrimonialidade do bem significa que ele possui valor econômico e, diante disso, entende-se que não pode ser realizada arbitragem que não tenha direito patrimonial nos termos da lei brasileira, ou seja, não apresente valor em sua disputa, como ocorre, por exemplo, nas questões de guarda dos filhos.

¹⁵³ Os direitos indisponíveis são aqueles que não podem ser livremente alienados ou negociados.

¹⁵⁴ “Artigo 852 - É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”

¹⁵⁵ GARCEZ, José Maria Rossani, *Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional – Regras da Lei n. 9.307/96...*, cit., p. 338.

¹⁵⁶ LEE, João Bosco, *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, cit., p. 66.

Os direitos patrimoniais estão sujeitos a um critério de valoração econômica e são passíveis de compor ou de serem subtraídos do patrimônio da parte¹⁵⁷. Assim, em sentido contrário, vale a pena ainda salientar que não são patrimoniais a honra, o Estado e a capacidade das pessoas e outros direitos que aderem ao próprio ser humano, denominados de personalíssimos.

José Maria Rossani Garcez acrescenta:

Na síntese da expressão de nossa Lei de Arbitragem sobre direitos patrimoniais disponíveis e na barreira consistente na ordem pública interna, se encontra a chave da arbitrabilidade objetiva, o filtro da escolha das matérias que poderão ser solucionadas por esse método, para efeito de nossas arbitragens internas e nas estrangeiras, proferidas fora do território nacional, que aqui tenham de ser homologadas.¹⁵⁸

No entendimento de João Bosco Lee, as matérias patrimoniais “sensíveis” são aquelas nas quais a disponibilidade dos direitos é incerta, e nas quais a ordem pública tem uma forte tendência a intervir; são o barômetro do liberalismo do país em questão de arbitragem e, quanto mais o país é reticente em relação à arbitragem, mais a arbitrabilidade dessas matérias é restrita.¹⁵⁹

Comentam Jacob Dolinger e Carmen Tibúrcio:

No Brasil havendo uma arbitragem doméstica ou *ad hoc*, sem menção ao procedimento a ser seguido para sua instauração, se uma das partes se recusar a celebrar o compromisso alegando não ser a controvérsia arbitrável, a parte que deseja instaurar a arbitragem recorre ao Judiciário, nos termos do artigo 7º da Lei de Arbitragem, momento esse que o juiz de direito, dentre outras questões verificará a arbitrabilidade do litígio.¹⁶⁰

Diante disso, entendemos que o direito brasileiro apresenta limites bem definidos em sua Lei n. 9.307/96 para as matérias arbitráveis; no entanto, no que concerne à arbitrabilidade subjetiva, a questão ainda é indefinida, principalmente quando o Estado, como sujeito da Administração Pública, faz parte da arbitragem, como ente capaz de contratar e firmar compromisso.

¹⁵⁷ GARCEZ, José Maria Rossani, Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional – Regras da Lei n. 9.307/96..., cit., p. 340.

¹⁵⁸ GARCEZ, José Maria Rossani, *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*, cit., p. 52.

¹⁵⁹ LEE, João Bosco, *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, cit., p. 66.

¹⁶⁰ DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen, *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, cit., p. 216.

Consideramos então que ainda existem dúvidas sobre a capacidade de contratar da Administração Pública, da necessidade de autorização de lei específica, das leis que autorizam a arbitragem e as que impõem restrições, assim como há jurisprudências divergentes sobre o tema, pontos esses que serão tratados adiante, visando à obtenção de uma conclusão definitiva.

3 ARBITRABILIDADE NOS CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Diante da análise da questão da arbitrabilidade apresentada no direito internacional e no direito brasileiro, resta neste capítulo determinar a possibilidade de arbitrar questões decorrentes dos contratos com a Administração Pública, ou seja, com o Estado ou empresa estatal (sociedade de economia mista¹⁶¹ e empresa pública¹⁶²), participando como parte da controvérsia e se submetendo à solução arbitral no âmbito nacional e internacional, uma vez que a Lei de Arbitragem brasileira não dispõe acerca da capacidade do Estado firmar convenção de arbitragem.

Não há como negar que o tema a ser neste capítulo desenvolvido é, ainda hoje, tratado como uma matéria controvertida na doutrina e na jurisprudência e, em razão disso, tentaremos expor, com base nessas fontes do direito, as controvérsias existentes sobre a possibilidade da participação da Administração Pública como parte da arbitragem. Para tanto, devem ser observados os princípios constitucionais e de direito público no âmbito dos contratos administrativos.

Nos contratos que envolvem a Administração Pública, deparamos com a questão da arbitrabilidade subjetiva (possibilidade de uma pessoa firmar convenção e ser parte da arbitragem), assim como com a objetiva (casos em que se devem definir quais as matérias que podem ser solucionadas por arbitragem), e ainda as regras constitucionais e de direito administrativo, que podem ou não limitar a participação do Estado na arbitragem, bem como, no mesmo sentido, as leis específicas da Administração.

Diante disso, precisamos definir o conceito de contrato administrativo, pois será baseado nele que discutiremos sobre a possibilidade ou não de utilizar a arbitragem em contratos firmados com a Administração Pública.

¹⁶¹ Decreto-Lei n. 900/69: “Artigo 5º - A entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para exploração de atividade econômica, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidades da administração indireta.”

¹⁶² Decreto-Lei n. 900/69: “Artigo 5º - (...) II - A Empresa Pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.”

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que o contrato administrativo é aquele reservado a designar tão-somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo o regime jurídico de direito público.¹⁶³

É ainda tido como um negócio jurídico bilateral, pois a sua formação demanda o obrigatório concurso de ao menos duas declarações de vontade, sendo que uma delas há de provir necessariamente de uma Administração Pública.¹⁶⁴

Conclui-se então que os contratos administrativos podem ser firmados com particular, mas precisam ter como finalidade os interesses da Administração Pública. No entanto, cabe aqui questionar sobre a possibilidade de incluir a cláusula de arbitragem. Poderia o Estado ser parte da arbitragem, e ainda poderia qualquer tipo de desentendimento envolvendo a Administração Pública ser sanada por meio de solução de controvérsias alternativa ao Poder Judiciário?

Celso Antonio Bandeira de Mello conceitua o contrato administrativo como sendo um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros, na qual, por força de lei, as cláusulas pactuadas ou do tipo do objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.¹⁶⁵

Diante dessa definição, não há como questionar a possibilidade de utilização da convenção de arbitragem nos contratos administrativos, pois uma vez existindo a referência aos direitos patrimoniais disponíveis, entendemos que os contratos administrativos e a convenção de arbitragem podem dividir espaço em um mesmo instrumento jurídico.

Os contratos administrativos estão aptos a possuírem a cláusula de arbitragem se as partes assim desejarem, mas ainda há dúvida se nesse instrumento contratual, em que

¹⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 257.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 4, n. 12, , p. 38, jan./mar. 2007.

¹⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 592-593.

constará a possibilidade de inclusão de um instituto de direito privado, poderá haver a participação do Estado como parte.

3.1 O Estado como parte da arbitragem

O Estado¹⁶⁶ é um ente de direito internacional público, no entanto, ao contratar, apresenta as características de um ente privado. Assim, estaria nessa condição o Estado autorizado a contratar um compromisso arbitral e a participar desse meio alternativo ao Judiciário de solução de controvérsias?

Nas palavras de Pedro Lessa:

É o Estado uma pessoa civil, isto é, pode exercer os direitos privados de que são titulares os indivíduos. Assim, é proprietário, pode adquirir e possuir bens; diariamente está em condição de contractar. Os actos que pratica o Estado como pessoa civil não diferem na essência dos que realisam os particulares: uma compra e venda não se altera em sua natureza, porque o Estado é comprador ou vendedor, e as obrigações permanecem identicas, inalteradas, quando o Estado contracta. Ahi temos, pois, relações de direitos e de interesses privados: qualquer ideia de poder, soberania, é estranha aos actos em que intervem o Estado como pessoa privada. Por conseguinte, quando o Estado age num processo como proprietário, como credor ou devedor, não está em questão a soberania, não é o Estado como poder que litiga, é o Estado a exercer direitos de um particular; é, pois, um particular cujos direitos apreciam os tribunales, e que por estes é condenado a pagar, e não um soberano, nem um organ de soberania.¹⁶⁷

A complexidade da questão aqui estudada surge no momento em que o Estado é parte de um contrato administrativo que contenha a cláusula compromissória ou compromisso arbitral e age como ente privado, assim como quando renuncia à sua imunidade, ao assinar a convenção de arbitragem.

¹⁶⁶ NAÇÃO politicamente organizada por leis próprias. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=estado>>. Acesso em: 05 maio 2008.

¹⁶⁷ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915. p. 208, apud GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação da cláusula compromissória. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 5, n. 18, p. 401, out./dez. 2002.

Eduardo Grebler comenta que é comum ouvir-se que os direitos do Estado são, em regra, indisponíveis, razão pela qual estariam fora da incidência da Lei de Arbitragem e, por conseguinte, inválida seria a cláusula compromissória¹⁶⁸. Entendemos ser esse argumento de grande relevância e contrário à arbitrabilidade nos contratos com a Administração Pública, no entanto somos de uma opinião diversa de tal disposição e, portanto, iremos rebatê-la no decorrer deste capítulo.

Sabemos que a arbitragem só é possível no âmbito das questões contratuais de natureza privada, pois as partes, ao firmarem um contrato, dispõem da autonomia de suas vontades e deliberam pela convenção de arbitragem. Mas cabe aqui questionar sobre a possibilidade do Estado ser parte desse contrato e, nesse caso seria possível considerá-lo de natureza privada?

Quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública, praticando atos de natureza privada – nos quais poderia ser substituído por um particular na relação jurídica negocial – não se pode pretender aplicáveis as normas próprias dos contratos administrativos, ancoradas no direito público.¹⁶⁹

A Constituição Federal, em seu artigo 109, I¹⁷⁰, determina que os juízes federais são competentes para processar e julgar as causas em que entes de direito público interno são partes interessadas, no entanto, essa determinação constitucional não pode caracterizar a arbitragem com entes da Administração Pública como inarbitrável.

Carlos Alberto Carmona menciona que a regra constitucional do artigo 109, I, estabelece apenas e tão-somente a distribuição de competência entre os órgãos do Poder Judiciário brasileiro, de tal sorte que se uma demanda for proposta perante tais órgãos, caberá ao juiz federal decidi-la.¹⁷¹

¹⁶⁸ GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público privada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, p. 61, maio/ago. 2004.

¹⁶⁹ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*, cit., p. 62.

¹⁷⁰ Constituição Federal: “Artigo 109 - Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.”

¹⁷¹ CARMONA, Carlos Alberto, op. cit., p. 63.

Diante disso, no momento em que o Estado firma compromisso arbitral, renuncia à possibilidade do disposto no artigo 109, I, da Constituição Federal. Assim, a Administração Pública, ao firmar um compromisso arbitral, deixa de apresentar as características de ente público e apresenta as características de ente particular, e, como tal, pode ser sujeito dele.

Cláudio Vianna de Lima salienta que os contratos administrativos são passíveis de cláusula de arbitragem, por força de disposições de direito privado, a que se remete o próprio direito internacional público que recepcionou as normas sobre os meios pacíficos de solução de conflitos de interesses, entre eles a arbitragem.¹⁷²

É ainda importante frisar que a faculdade do Estado e das entidades públicas de se submeterem à arbitragem é cercada de determinadas restrições¹⁷³. Neste momento, destaque-se a arbitrabilidade subjetiva, que trata da questão de quando o Estado pode invocar sua capacidade de arbitrar uma matéria específica nos termos de suas leis internas, visando anular ou concordar com a arbitragem.¹⁷⁴

Gustavo Henrique Justino de Oliveira esclarece:

Com relação à arbitrabilidade subjetiva, parece não haver dúvidas de que o ordenamento genericamente confere ao Estado capacidade para comprometer-se e contratar, aptidão que é inferida de sua personalidade jurídica de direito público. As entidades administrativas que integram a organização administrativa em sua feição indireta (v.g. autarquias, empresas públicas, etc.) também gozam de capacidade de contratar, como decorrência da personalidade jurídica de que são dotadas.¹⁷⁵

Na jurisprudência, a questão da arbitrabilidade subjetiva pode ser estudada desde 1946, quando, no Caso Lage, foi instituído o juízo arbitral para determinar o valor da indenização referente aos bens e direitos das Organizações Lage incorporados ao patrimônio nacional, o que ocorreu pela edição do Decreto-Lei n. 9.521, de 26 de julho de

¹⁷² LIMA, Cláudio Vianna de. A arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 97, jul./set. 1997.

¹⁷³ LEE, João Bosco, *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, cit., p. 52.

¹⁷⁴ Nesse sentido: LALONDE, Marc. The evolving definition of arbitration and arbitrability. In: In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. International Council for Commercial Arbitration. The Hague: Aspen Publishers; Boston: Kluwer Law International, 1999. p. 192. (ICCA Congress Series, n. 9).

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, A arbitragem e as parcerias público-privadas, cit., p. 46.

1946. O Supremo Tribunal Federal se posicionou favoravelmente à aptidão do Estado participar da arbitragem no caso da Organização Lage e de Henrique Lage, apresentando sobre a arbitragem os seguintes argumentos:

Juízo arbitral – Na tradição de nosso direito, o instituto do Juízo Arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que como toda pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insuscetíveis de transação.

Natureza consensual do pacto de compromisso – O pacto de compromisso, sendo de natureza puramente consensual, não constitui foro privilegiado nem tribunal de exceção, ainda que regulado por lei específica.¹⁷⁶

Nas palavras de José Carlos de Magalhães, essa decisão, tomada por unanimidade do plenário da mais alta corte do país, afasta, no Brasil, qualquer dúvida sobre a possibilidade de a União submeter-se à arbitragem privada.¹⁷⁷

Suzana Domingues Medeiros ressalta, ao comentar tal decisão, que o entendimento que prevaleceu foi no sentido da possibilidade do Estado se submeter à arbitragem, salvo quando age como Poder Público, e que o caso em análise tratava-se de uma relação de natureza privada do Estado.¹⁷⁸

Diante de tais comentários, não há como negar a possibilidade do Estado ser parte de uma arbitragem, envolvendo questões de arbitrabilidade objetiva e subjetiva, pois sendo o objeto da controvérsia uma questão de direito público, o Estado não poderia participar da arbitragem, assim como, ao atuar como ente público da Administração, não poderia ser parte de um tribunal arbitral. No entanto, nesse caso concreto, a participação do Estado foi como ente de direito privado, possibilitando a utilização por ele de regras de acordo com esse direito.

¹⁷⁶ STF – Agravo de Instrumento n. 52.181/GB, Agravante: União Federal, Agravados: Espólio de Renaud Lage e outros; Henry Potter Lage e Espólio de Frederico Lage.

¹⁷⁷ MAGALHÃES, José Carlos de, *Do estado na arbitragem privada*, São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 109.

¹⁷⁸ MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 233, p. 96, jul./set. 2003.

Entendemos, assim, que a arbitrabilidade deverá ser analisada nos termos de cada caso concreto, e reafirmamos que o Estado, ao agir como ente de direito privado, poderá ter suas controvérsias arbitradas.

João Bosco Lee é enfático ao dispor:

Ainda que parte da doutrina defenda a adoção de um posicionamento mais restritivo da arbitrabilidade subjetiva nos países em desenvolvimento, os países do Mercosul aceitam aparentemente a possibilidade de o Estado, os órgãos, e os estabelecimentos públicos se submeterem à arbitragem quando agirem como pessoas jurídicas.¹⁷⁹

E, ainda, José Carlos Magalhães acrescenta que quando o Estado pratica atos de gestão, desveste-se da supremacia que caracteriza sua atividade típica, igualando-se a particulares: os atos, portanto tornam-se vinculantes, geram direitos subjetivos e permanecem imodificáveis pela Administração, salvo quando precários por sua própria natureza.¹⁸⁰

A autonomia contratual do Estado, para Carlos Aberto Carmona, só poderia o Estado ter negada ao agir como Poder Público¹⁸¹. Diante dessas palavras, ressaltamos que o contrato administrativo apresenta uma característica própria em relação aos contratos particulares, conforme comentamos anteriormente, pois ele estará sempre dependendo do interesse público para sua completa formação, mas a Administração Pública atua no contrato como ente de direito privado, não dispondo portanto das características de direito público.

Mauro Roberto Gomes de Mattos salienta que não é justo engessar o Poder Público, negando a sua autonomia contratual nas cláusulas inerentes aos direitos disponíveis. Com toda a certeza, é legítima a opção pela jurisdição paralela à da justiça ordinária.¹⁸²

¹⁷⁹ LEE, João Bosco, *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, cit., p. 60.

¹⁸⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. *Do Estado na Arbitragem Privada* in *Arbitragem Comercial*. Jose Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista, Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1986, p. 69.

¹⁸¹ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*, cit., p. 62.

¹⁸² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Contrato administrativo e a Lei de Arbitragem*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 223, p. 128, jan./mar. 2001.

Nesse sentido, acreditamos que no momento em que existe um meio alternativo ao Judiciário para que o Estado resolva suas controvérsias, não há como negar que ele também se tornará mais eficiente.

Selma M. Ferreira Lemes reforça esse entendimento, ao dispor que vedar ao Estado a possibilidade de se submeter à arbitragem seria restringir sua autonomia contratual, como qualquer pessoa *sui juris*, que pode prevenir litígios ou solucioná-los por via transacional, nas questões de natureza contratual ou privada e, por consequência, submeter-se à arbitragem¹⁸³. Assim, ao agir nos contratos como *iure gestionis*¹⁸⁴, a arbitragem é permitida.¹⁸⁵

Diante de tais argumentos, reforçamos aqui que é plena a capacidade da Administração Pública de participar da arbitragem, sendo ela inquestionável, pelos seguintes motivos: (i) o Estado, ao contratar, deixa de ser ente público e passa a ser um ente privado, com autonomia própria; e (ii) a autonomia da vontade possibilita que ele firme contrato e utilize a convenção de arbitragem.

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.¹⁸⁶

A arbitragem pode ser um instrumento extremamente útil para assegurar a regularidade na execução de serviços públicos concedidos, na medida que permite que se chegue rapidamente à composição dos conflitos, mediante decisão tomada por quem seja um *expert* no específico assunto controvertido, sem qualquer risco de sacrifício do interesse público, que ficará sempre resguardado.¹⁸⁷

¹⁸³ MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 184.

¹⁸⁴ Atos de gestão, que geram responsabilidade por parte do Estado.

¹⁸⁵ LEE, João Bosco, *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, cit., p. 53.

¹⁸⁶ DALLARI, Adílson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 13, p. 8, 1996.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 10.

No entanto, vale a pena salientar que deverá a Administração Pública participar de arbitragens no âmbito dos já mencionados limites impostos pela Lei de Arbitragem brasileira, ou seja, direitos patrimoniais disponíveis.

Relembramos ainda que a arbitragem apresenta características próprias que visam facilitar a solução da controvérsia existente e, no momento em que o Estado firma a convenção de arbitragem, estará frente às vantagens do instituto arbitral e poderá arbitrar questões relacionadas às matérias de direitos patrimoniais disponíveis, não havendo possibilidade de afrontar os interesses fundamentais, conforme verificaremos mais adiante.

Assim, não há o que se discutir sobre a capacidade do Estado de contratar, ao ser parte do contrato administrativo que apresenta como característica o interesse público, esse atuará valendo-se de suas características de direito privado. Diante disso, cabe agora verificar a possibilidade do Estado participar da arbitragem no âmbito internacional e nacional.

3.2 O Estado na arbitragem internacional

Internacionalmente, existem convenções que autorizam a participação dos Estados na arbitragem, como, por exemplo, a Convenção Européia de 1961 (Convenção de Genebra), oficialmente intitulada *European Convention on International Commercial Arbitration* e que tem como subtítulo “*right of legal persons on public law to resort to arbitration*”; em seu artigo II, parágrafo I, dispõe que: “(i) nos casos referidos no Artigo I, Parágrafo I, desta convenção, ou seja, convenções e sentenças arbitrais dentro do escopo da Convenção, pessoas jurídicas consideradas pela lei a elas aplicável como pessoa jurídica de direito público têm o direito de celebrar validamente convenções arbitrais.”¹⁸⁸

No mesmo sentido, a Convenção de Washigton de 1965, que criou o ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) e foi assinada por 155 países e

¹⁸⁸ GARCEZ, José Maria Rossani, Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional – Regras da Lei n. 9.307/96..., cit., p. 349.

ratificada por 143¹⁸⁹, demonstra que a maioria deles considera disputas que envolvam o Estado arbitráveis.¹⁹⁰

Cabe aqui lembrar que o Brasil não é parte de tais convenções, no entanto consideramos de grande importância para o presente estudo destacar que, internacionalmente, a questão da participação do Estado é conhecida e autorizada.

No Brasil, ao tratar da arbitragem no campo internacional, pode-se verificar a capacidade do Estado de se submeter à arbitragem no artigo 11 do Decreto-Lei n. 1.312/74, que autoriza ao Tesouro Nacional a firmar contratos contendo cláusula compromissória na esfera internacional:

Artigo 11 - O Tesouro Nacional contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro poderá aceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos.

Nesse sentido, José Carlos de Magalhães salienta que essa legislação reconhece a plena capacidade do Estado brasileiro de se submeter a arbitragem interna e internacional.¹⁹¹

Arnoldo Wald comenta que a arbitragem passou a ser adotada de modo generalizado nos conflitos internacionais, em virtude de cláusulas específicas, incluídas para esse fim nos contratos.¹⁹²

Outras legislações mais recentes levam à mesma conclusão, como o parágrafo 6º no artigo 32 da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93) que, a nosso ver, permite a eleição da

¹⁸⁹ Disponível em: <www.icsid.worldbank.org>. Acesso em: 03 ago. 2008.

¹⁹⁰ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *On international commercial arbitration*. Edited by Emmanuel Gaillard e John Savage. The Hague; Boston; London: Kluwer Law International, 1999. p. 323.

¹⁹¹ MAGALHÃES, José Carlos de, *Do estado na arbitragem privada*, cit., p. 109.

¹⁹² WALD, Arnoldo. Algumas considerações a respeito da cláusula compromissória firmada pelos estados nas suas relações internacionais. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 5, n. 18, p. 284, out./dez. 2002.

instância arbitral nas contratações envolvendo financiamentos internacionais, visto não tratar da impossibilidade da mesma ser utilizada.

Porém, em sentido contrário, Márcia Walquiria Batista dos Santos¹⁹³ diz que os contratos decorrentes de licitações internacionais e submetidos à Lei n. 8.666/93 não podem incluir cláusula prevendo o juízo arbitral pois, uma vez que não houve previsão do mesmo na Lei de Licitações, não pode se pretender que os contratos submetidos a ela utilizem esse meio alternativo de solução de controvérsias.

Dentre os contratos que estão autorizados no âmbito internacional a dispor da cláusula de arbitragem, mencionamos três tipos: (i) os contratos que tratam da aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agências estrangeiras de cooperação, (ii) contratos com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para esse caso tenha havido prévia autorização do chefe do Poder Executivo; e (iii) contratos relativos à aquisição de bens e serviços relativos realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

Ao assinar contratos internacionais que contenham a cláusula de arbitragem, o Estado age como pessoa jurídica de direito privado, deixando de lado sua imunidade soberana, não representando o império, mas sim atuando com capacidade de contratar, e, nesses termos, não há como negar que a Administração Pública pode se comprometer com a solução arbitral.

Arnoldo Wald salienta:

Doutrina e jurisprudência, arbitral e judicial, contudo, já se manifestaram no sentido de proferir a manutenção da “ordem internacional” a atender interesses políticos e econômicos locais, afastando, totalmente, a discussão quanto à necessidade de renúncia explícita à imunidade de jurisdição no campo da arbitragem internacional e aplicando os princípios da boa-fé e da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) nas demais hipóteses.¹⁹⁴

¹⁹³ SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Licitação internacional. proibição de previsão de juízo arbitral. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. rev. e ampl. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 281.

¹⁹⁴ WALD, Arnoldo, Algumas considerações a respeito da cláusula compromissória firmada pelos estados nas suas relações internacionais, cit., p. 293-294.

A imunidade de jurisdição decorre da soberania, pela qual um Estado não pode submeter-se à jurisdição de outro¹⁹⁵. Mas não entendemos que o Estado-contratante apresente imunidade soberana, que se manifesta quando não pode o Estado submeter-se a outra jurisdição que não a sua; o Estado-contratante pratica atos comuns de qualquer cidadãos, não envolvendo matéria de soberania.

Nesse sentido devemos entender as diferenças decorrentes da atuação do Estado em atos *jure imperii* e *jure gestionis*. Pedro Martins assevera:

Se a relação entabulada pelo Estado ou por um de seus entes de direito público refletir ato de natureza privada, estão estes atuando no cenário comercial, desprovidos das prerrogativas de direito público, equiparando-se, pois aos particulares contratantes. Assim, ao praticar ato *jure gestionis*, podem comprometer-se em sujeitar-se à solução arbitral, podem comprometer-se à solução arbitral e, inclusive, aplicar lei estrangeira à própria controvérsia.¹⁹⁶

Os atos *jure imperii* ocorrem quando o Estado atua na prática das atividades de poder político, em matérias de utilidade pública, o que não é o caso da cláusula de arbitragem, pois ao atuar nesse meio alternativo ao Judiciário, vale-se o Estado de seu ato *jure gestionis*.

Cláudio Vianna de Lima afirma que se o Estado tem o direito de ação ante a jurisdição de outro país, tem, igualmente, o direito de renunciar a esse direito de ação, valendo-se do juízo arbitral no exterior.¹⁹⁷

Cabe aqui ainda lembrar que outros países autorizaram, por meio de suas legislações internas, que o Estado e suas empresas participem de arbitragem, como, por exemplo, a lei venezuelana de arbitragem comercial de 1988, a lei belga de 1988, a lei italiana de 1994 e a lei egípcia de 1994. Ainda alguns textos legislativos franceses também passaram a autorizar que determinadas entidades públicas celebrem convenção de

¹⁹⁵ DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen, *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, cit., p. 394.

¹⁹⁶ MARTINS, Pedro A. Batista. O Poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei n. 9.307/96 (3ª Parte). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 98, v. 359, p. 173, jan./fev. 2002.

¹⁹⁷ LIMA, Cláudio Vianna de, A arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões, cit., p. 98.

arbitragem, revogando dessa forma o artigo 2.060 do Código Civil francês, que veda a sujeição estatal ao instituto.¹⁹⁸

Nos termos da Lei de Arbitragem brasileira, não existe diferença quanto à arbitragem internacional e nacional, que são equiparadas e regulamentadas da mesma forma, ou seja, seguem os mesmos princípios e limites; dessa forma, caso ao Estado não seja permitido participar de uma arbitragem nacional, da mesma forma que não será de uma arbitragem internacional.

3.3 Arbitrabilidade na Constituição e nos princípios de direito público

Pode-se dizer que muitas das questões que suscitam a impossibilidade da Administração Pública se valer da arbitragem em contratos administrativos decorrem da afronta a princípios de direito público, como o da supremacia do interesse público sobre o privado¹⁹⁹ e da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, mas sim o Estado, que por isso, mediante lei, pode autorizar a disponibilidade ou a renúncia.²⁰⁰

Diante desse conceito, não há a possibilidade de utilizar a arbitragem para a solução de conflitos do Estado²⁰¹, a não ser que ele autorize essa possibilidade. Mas será que a arbitragem fere tais princípios de direito público e estaria completamente impedida de ser utilizada pelo Estado em questões de interesse público?

¹⁹⁸ WALD, Arnoldo, Algumas considerações a respeito da cláusula compromissória firmada pelos estados nas suas relações internacionais, cit., p. 301.

¹⁹⁹ “A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105).

²⁰⁰ Ibidem, mesma página.

²⁰¹ Destacamos o caso da Companhia Paranaense de Energia (Copel) e UEG Araucária Ltda. A decisão judicial da 3ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Paraná (Processo n. 2375/2003) foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Paraná, que suspendeu a realização do procedimento arbitral.

Mauro Roberto G. de Mattos entende que os direitos privativos (indisponíveis) do Estado são irrenunciáveis e não podem ser objeto de transação, salvo por expressa autorização legislativa, na qual se demonstre o interesse público.²⁰²

Nesse sentido o Tribunal de Contas da União valendo-se desses princípios, em decisão proferida em 1993, dispôs:

A utilização do juízo arbitral em contratos administrativos fere o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, porquanto ao se instaurar o juízo arbitral ou ao se conceder ao particular o poder de invocar tal juízo, o que ocorre na prática é que a Administração se despe de prerrogativas mais essenciais que lhe outorgam o princípio em tela, para vir colocar-se em plano igualitário com o particular, e, nesse passo, coloca também o interesse público em paridade com o privado, o que efetivamente configura violação ao mesmo princípio. Fere também o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois ao entregar a terceiro que não o Estado-juiz o poder de decidir sobre a sorte de 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 arbitro constituído venha a deliberar sobre a pendência a ela submetida.²⁰³

Tal decisão ainda menciona a afronta aos princípios da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos, do controle administrativo ou tutela e violação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem.

Porém, esses entendimentos parecem ultrapassados, pois após a edição da Lei de Concessões em 1995, o Tribunal de Contas da União²⁰⁴ passou a admitir a inclusão da arbitragem, desde que as cláusulas que sejam julgadas pelos árbitros não ofendam o princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.²⁰⁵

Nesse sentido, Adílson Abreu Dallari comenta que, ao optar pela arbitragem, o contratante público não está transigindo com o interesse público nem abrindo mão de instrumentos de defesa do interesse público. Está sim escolhendo uma forma mais expedita, ou meio mais hábil, para a defesa do interesse público.²⁰⁶

²⁰² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, Contrato administrativo e a Lei de Arbitragem, cit., p. 129.

²⁰³ Autarquia – Juízo Arbitral – Autorização legislativa. Tribunal e Contas da União, Processo 8.217/93. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 193, p. 342, jul./set. 1993.

²⁰⁴ Nesse sentido verificar: Processo TC 0060986/93-2, *DOU* 22.5.95, Paulo Martins de Oliveira, Dec. 188/65, Ata 18/95.

²⁰⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, op. cit., p. 123.

²⁰⁶ DALLARI, Adílson Abreu, Arbitragem na concessão de serviço público, cit., p. 9.

E, ainda, Eduardo Talamini ressalta:

Na medida que o agente público não pode renunciar a direitos que a Administração detém, e na medida que ele não pode abrir mão de posições jurídicas públicas, não poderia tampouco submeter os litígios da Administração ao processo arbitral. Sustentar isso implica ignorar o regime jurídico da arbitragem, bem como desprezar o regime de direito público.²⁰⁷

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre o assunto em recurso extraordinário, no mesmo sentido:

Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. E, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confinados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimatezação deste interesse.²⁰⁸

Certos interesses, porém, são considerados de tal forma relevantes para a segurança e para o bem-estar da sociedade que o ordenamento jurídico os destaca, os define e comete ao Estado satisfazê-los sob regime próprio: são os interesses públicos²⁰⁹. No entanto, entende-se que a indisponibilidade como regra deve recair apenas sobre uma parcela dos interesses públicos: os referidos à sociedade como um todo.²¹⁰

No entanto, é sabido que a arbitragem não atinge a sociedade como um todo, é um meio alternativo ao Judiciário para a resolução de divergências contratuais específicas e, no caso em tela, relacionado à participação do Estado como parte desse instituto de direito privado, não infringindo dessa maneira o princípio constitucional da indisponibilidade do interesse público.

Doutrinariamente, o interesse público pode ser primário ou secundário. Entende-se por interesse público primário o objetivo a ser atingido pela Administração, e por

²⁰⁷ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público e suas conseqüências processuais. In: HARGER, Marcelo (Org.). *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 421.

²⁰⁸ STF – RE n. 253.885-0/MG, 1ª Turma, j. 04.06.2002.

²⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 84, jul./set. 1997.

²¹⁰ SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas. A construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado. *Revista*

secundário os meios capazes de permitir o primeiro, o que ocorre no campo do direito privado e por meio de relações patrimoniais²¹¹. Os interesses públicos secundários resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tornam-se disponíveis na forma da lei²¹², indo ao encontro da Lei de Arbitragem e possibilitando que o Estado participe de arbitragens.

Assim sendo, pode-se perceber que o interesse público não se confunde com o interesse da Administração, não havendo impossibilidade de usar a arbitragem para solução de conflitos nos contratos com a Administração Pública, pois esse instituto não se vale dos princípios de direito público, e mais ainda porque a arbitragem visa solucionar as questões patrimoniais autorizadas pelo interesse público secundário.

Pode-se dizer que nos contratos em que o Estado é parte, poderão ser arbitráveis as matérias monetariamente quantificáveis, que estejam no comércio, e são por essa razão de interesse da Administração Pública.

Clávio Valença Filho enfatiza que havendo discordâncias contratuais que não possam ser solucionadas amigavelmente, deverão ser solucionadas por juízo arbitral, o que não afeta a indisponibilidade da Administração Pública. A adoção da arbitragem não incide sobre o interesse público, que é indisponível.²¹³

A nosso ver, a arbitragem trata das questões de direito público disponíveis e está dentro dos limites impostos pela Lei n. 9.307/96, possibilitando à Administração Pública utilizar esse meio alternativo ao Judiciário.

Cabe ainda dizer que o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Diante desse artigo, seria a arbitragem em contratos administrativos inconstitucional, no entanto a Lei de Arbitragem não veda o acesso ao Poder Judiciário, mas, sim, apenas proporciona uma

Brasileira de Arbitragem, São Paulo, Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr); IOB, ano 2, n. 8, p. 17, out./dez. 2005.

²¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 254.

²¹² MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo, *Arbitragem nos contratos administrativos*, cit., p. 84.

²¹³ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Arbitragem e contratos administrativos*. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 3, n. 8, p. 363, abr./jun. 2000.

alternativa, que pode ser utilizada com maior ou menor intensidade, para certas espécies de conflitos.²¹⁴

A arbitragem é cabível para algumas questões e o Judiciário para outras; assim, entende-se que caberá às partes, no momento da redação da convenção de arbitragem, definir dentro dos limites legais impostos pela legislação brasileira, respeitando dessa forma a arbitrabilidade, as questões a serem solucionadas por meio do instituto da arbitragem.

A Constituição Federal brasileira estabelece ainda os princípios da legalidade e da publicidade, que podem ser encarados como impedimentos à utilização da arbitragem em contratos administrativos, ou contrários aos princípios da arbitragem.

Hely Lopes Meirelles trata o princípio da legalidade (arts. 37, *caput* e 5º, II, da CF) como aquele o qual o administrador público está sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.²¹⁵

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe²¹⁶. A arbitragem seria contrária ao princípio constitucional, por ser possível de ser solucionada pela equidade; no entanto, a equidade não necessariamente precisa ser utilizada, é somente uma faculdade da arbitragem.

Para Mauro Roberto G. de Mattos, pode a Administração eleger o compromisso arbitral para resolver pendências na execução das cláusulas contratuais que não invadam o princípio da legalidade, ao qual está o gestor público ininterruptamente submetido, inclusive quando aceita o compromisso de arbitramento.²¹⁷

²¹⁴ DALLARI, Adílson Abreu, Arbitragem na concessão de serviço público, cit., p. 8.

²¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 89.

²¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 82.

²¹⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, Contrato administrativo e a Lei de Arbitragem, cit., p. 128.

Seguindo esse raciocínio, a Administração Pública deveria tornar seus interesses disponíveis através de lei, para só então contratar a cláusula de arbitragem, mas, conforme já verificamos, o interesse da administração como contratante é secundário e, sendo assim, é disponível e pode ser arbitrado.

Portanto, a exigência de lei específica para tornar disponível o interesse ou direito contratual avençado pela Administração com particular, a fim de submetê-lo à arbitragem, é inadequada, eis que tais interesses, por secundários, já são disponíveis por sua própria natureza.²¹⁸

Dessa forma, o princípio da legalidade no contexto da arbitragem entre a Administração e o particular não justifica a necessidade de lei específica para que as partes se submetam ao juízo arbitral, no entanto veremos mais a diante que existem leis que regem a Administração Pública que autorizam e outras que impedem a arbitragem no direito brasileiro.

Outra questão divergente com relação aos princípios constitucionais ocorre com relação ao princípio da publicidade (art. 37, *caput*, da CF), que é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos, sendo requisito de eficácia e moralidade do ato²¹⁹. O princípio de Administração Pública abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos, como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes.

A nosso ver, a publicidade não é uma barreira ao instituto da arbitragem. Observa-se que a questão da publicidade dos atos pode ocorrer nesse meio alternativo ao Judiciário, pois a confidencialidade não é obrigatória, apenas privilégio para as partes que desejam que seus conflitos não sejam divulgados a todos, como ocorreria no Poder Judiciário. E sendo necessário, poderá a Administração Pública divulgar os atos do procedimento arbitral normalmente e não afrontar esse princípio constitucional.

²¹⁸ SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama, Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas. A construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado, cit., p. 20.

²¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 95 e 97.

Ressaltamos ainda que nos contratos firmados pela Administração Pública, direta ou indireta, os princípios jurídicos da eficiência, da economicidade, da proporcionalidade, e da razoabilidade repercutem economicamente nos contratos, ao outorgar a otimização de recursos públicos.²²⁰

O princípio da eficiência foi incluído na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional n. 19/98, que deu nova redação ao artigo 37 e resultou em importantes mudanças para a Administração Pública, no sentido de aproximar o público do privado, pois não se pode esquecer que existem características do direito privado que, quando utilizadas pelo setor público, o tornam eficiente, permitindo atender assim aos interesses sociais com mais rapidez, menor custo, mais agilidade e qualidade; é nesse ponto que a arbitragem, ao ser utilizada nas questões em que o Estado é parte, o torna mais eficiente, pois apresenta vantagens, conforme anteriormente comentado, em relação ao Judiciário.

No mesmo sentido atuam os princípios da economicidade, que consiste em uma melhor relação custo-benefício²²¹, e da proporcionalidade, que visa aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, e ainda o da razoabilidade, envolvido diretamente com o princípio da proporcionalidade.²²²

Esses princípios são de muita utilidade no momento em que são firmados os contratos com a Administração Pública, pois visam garantir que o Estado seja mais eficiente, assim como a cláusula compromissória serve de respaldo para a outra parte contratual, ou seja, o setor privado. Dessa forma, o Poder Público garante a aplicação de seu dever de proteção.

²²⁰ LEMES, Selma Maria Ferreira, *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*, cit., p. 150.

²²¹ *Ibidem*, p. 154.

²²² MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 94.

Nesse sentido somos da mesma opinião de José Emilio Nunes Pinto, ao mencionar que inexistente qualquer princípio geral, que, *per se*, impeça o Estado e suas empresas de participar de procedimentos arbitrais.²²³

Outra questão a ser suscitada é a limitação imposta pela ordem pública no âmbito da arbitragem, já anteriormente discutida, mas cabendo neste momento somente delimitá-la quando da utilização da arbitragem em contratos com a Administração Pública.

Hely Lopes Meirelles comenta que as leis administrativas são normalmente de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros *poderes-deveres, indelegáveis pelos agentes públicos*.²²⁴

A ordem pública é tida como um limite à aplicação da arbitrabilidade subjetiva, restringindo a participação dos Estados como parte do juízo arbitral. Nesse sentido, João Bosco Lee assevera que a arbitrabilidade deveria ser definida como critério único da livre disponibilidade, pois o recurso à ordem pública como critério só serve para suscitar incertezas.²²⁵

No entanto, não se pode falar em ofensa a ordem pública, ao transferir ao juiz arbitral a competência para a solução de um conflito em que o Estado é parte. Nesse sentido, Temístocles Cavalcanti comenta:

Não haverá renúncia a nenhum direito, e ainda menos, à ordem pública, quando o Estado, pelo seu poder administrativo, transfere ao juízo arbitral a solução de uma divergência, mais de fato do que de direito, juízo que, de maneira definitiva, solve as controvérsias sobre a aplicação de um contrato.²²⁶

²²³ PINTO, José Emilio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o estado e empresas estatais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr); IOB, v. 1, n. 1, p. 9-26, jan./mar. 2004. p. 15.

²²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 89.

²²⁵ LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 3, n. 8, p. 351, abr./jun. 2000.

²²⁶ CAVALCANTI, Temístocles. Concessão de Serviço Público – Encampação – Juízo Arbitral. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 45, p. 499-518, jul./set. 1956. p. 514.

O Estado possui uma margem razoável de autonomia contratual que, como toda pessoa *sui júris*, pode prevenir o litígio pela via transacional, não sendo lícito restringir esse direito ao Poder Público, que pode transigir na jurisdição paralela, a da justiça ordinária, e através da arbitragem resolver controvérsias que não invadam princípios constitucionais e administrativos indelegáveis.²²⁷

Diante desse entendimento, não há como questionar a arbitrabilidade nos contratos com a Administração Pública, considerando-os como ofensa à ordem pública, que sem dúvida estabelece o limite da disponibilidade dos direitos, ou seja, da arbitrabilidade, pois não há impedimento na utilização desse instituto dentro de seus limites, assim como nos termos da Lei n. 9.307/96.

3.4 A Administração Pública como parte da arbitragem nacional

No âmbito da legislação Brasileira, os contratos com a Administração Pública são tratados no artigo 37, XXI²²⁸ e 175²²⁹ da Constituição Federal, que ainda assevera em seu artigo 173, parágrafo 1º:

Artigo 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

²²⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, Contrato administrativo e a Lei de Arbitragem, cit., p. 127.

²²⁸ “Artigo 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

²²⁹ “Artigo 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único - A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

- II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
- III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
- IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
- V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Fazendo referência a tal dispositivo constitucional, Caio Tácito diz que compatibilizam com o juízo arbitral os atos de gestão de empresa estatal que se dedique à exploração de atividade econômica na qual, nos termos do artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal, prevalece o regime jurídico próprio das empresas privadas.²³⁰

Ambos os tipos de contratação devem, todavia, obedecer a normas gerais de competência da União, segundo o comando do artigo 22, XXVII, da Constituição Federal.²³¹

O artigo 22 dispõe que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, parágrafo 1º, III.

Nesse sentido, Selma Lemes salienta que por estar a empresa pública desenvolvendo atividade econômica em sentido estrito, não estaria obrigada a se submeter ao procedimento licitatório, mas somente aos princípios que dele promanam.²³²

Diante dessas normas constitucionais, ao agir o Estado como agente empresarial, não poderia ter vantagem sobre os entes particulares e não deveria deixar de participar como agente empresarial da convenção de arbitragem, pois as relações comerciais e de negociação são regidas pelo direito privado.

²³⁰ TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 210, p. 111-115, out./dez. 1997. p. 115.

²³¹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo, Arbitragem nos contratos administrativos, cit., p. 88.

Não importa se o contrato em questão decorre de licitação, mas sim que os princípios relativos à licitação não foram ofendidos ou abalados pela eleição da arbitragem como modo de solução dos conflitos. Eis que, por um lado, cuida de direitos disponíveis e, por outro, não afeta, de qualquer sorte, direitos de terceiros, ou significa ofensa ao interesse público.²³³

Assim, somos da opinião de que não há motivos para restringir o uso da cláusula de arbitragem no edital de licitação, pois com a assinatura do contrato oriundo de procedimento licitatório, saberão as partes que deverão valer-se da arbitragem para solução de seus conflitos.

O Código Civil brasileiro restringe, no artigo 852, o compromisso, o vedando para a solução de questões de estado, direito pessoal, de família e outras sem caráter patrimonial. Neste momento, cabe reforçar que as “questões de estado” não podem ser confundidas com as questões de “direito público”.

Para Joaquim Simões Barbosa e Carlos Afonso Pereira de Souza, a legalidade da adoção da cláusula compromissória nos contratos com a Administração Pública ainda não chega a ser inteiramente clara, nem está a salvo da possibilidade de incômodos questionamentos.²³⁴

Salientamos, outrossim, que existem decisões judiciais favoráveis, conforme se verifica na apelação julgada no Tribunal de Justiça do Paraná, na qual a Companhia Paranaense de Gás (Compagás) era apelante e apelado o Consórcio Carioca Passarelli, e a decisão considerou como admissível nos contratos administrativos a solução dos conflitos por meio de compromisso arbitral em sociedade de economia mista, tendo plena disponibilidade dos direitos e interesses envolvidos em contrato versando sobre prestação de serviços, e dispôs que o compromisso arbitral é ato bilateral e exige a concordância das

²³² LEMES, Selma Maria Ferreira, A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública: a empresa estatal, o estado e a concessão de serviço público, cit., p. 181.

²³³ PITOMBO, Eleonora Coelho. *Arbitragem e contratos administrativos*: caso Compagás. Disponível em: <http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_compagas.pdf. Acesso em: 31 jul. 2008.

²³⁴ BARBOSA, Joaquim Simões; SOUZA, Carlos Afonso Pereira de. Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional*: questões de doutrina e de prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 271.

duas partes para o desfazimento ou anulação pelo Poder Judiciário. Não pode a Administração anular atos realizados sob o império do direito privado, sendo assim arbitráveis.²³⁵

Em comentário sobre tal decisão, Eleonora C. Pitombo assevera:

Tem-se como perfeito o entendimento do acórdão em comento, no sentido de admitir a arbitrabilidade objetiva do litígio que envolva empresas públicas que desempenhem atividades econômicas em sentido estrito, nos termos do artigo 177, inciso IV, da Constituição Federal, sempre quanto ao exercício de meros atos de gestão da Administração Pública.²³⁶

Sabe-se que os contratos administrativos são regulados por normas específicas e constitucionais, no entanto os princípios da teoria geral dos contratos, assim como as disposições de direito privado, não deixam de ser aplicadas. Essa equiparação é por Luiz Antonio Scavone Junior assim comentada:

No caso de empresas públicas e sociedades de economia mista, a autorização legal se resolve na medida que são equiparadas pelo Código Civil quando exercem atividades típicas do direito privado e assumem a estrutura de direito privado submetendo-se ao regime das empresas privadas e, conseqüentemente, autorizadas a dispor sobre seus direitos.²³⁷

No mesmo sentido, Mauro Roberto G. de Mattos dispõe que as regras da arbitragem são plenamente aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista que desenvolvem atividades econômicas em sentido estrito, submetidas aos preceitos jurídicos de direito privado, desde que conste no contrato firmado cláusula específica.²³⁸

Diante do exposto, destacamos a decisão judicial proferida no caso da AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. e da Companhia Estadual de Energia Elétrica CEEE²³⁹, em que as partes firmaram contrato de compra e venda de energia elétrica, com cláusula compromissória, e discutia-se a validade da cláusula, sob argumento de que uma sociedade de economia mista não poderia se submeter à arbitragem.

²³⁵ TAPR – Apelação Cível n. 247.646-0 7ª Câmara Cível, j. 11.02.2002.

²³⁶ PITOMBO, Eleonora Coelho. *Arbitragem e contratos administrativos*: caso Compagás. Disponível em: <http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_compagas.pdf. Acesso em: 31 jul. 2008.

²³⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*, cit., p.45.

²³⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, *Contrato administrativo e a Lei de Arbitragem*, cit., p. 122.

A decisão considerou válida a cláusula compromissória, uma vez que as partes a convencionaram em instrumento contratual, que havia sido firmado por uma sociedade de economia mista, mesmo em se tratando de uma sociedade em que parte pertence ao Poder Público. O litígio submetido à arbitragem tinha ainda caráter comercial, ou seja, era disponível e conseqüentemente poderia ser submetido a uma arbitragem.²⁴⁰

Importante relembrar que a Constituição Federal, em seus artigos 22, XXVII e 173, parágrafo 1º, inciso III, desvincula as empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica das regras da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93). Nesse sentido, consideramos que não há mais nenhum tipo de obstáculo à arbitragem, no que tange tais tipos societários.

Não há dúvida, portanto, de que nos contratos celebrados pela Administração, há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis, que podem ser objeto de arbitragem²⁴¹. Para Caio Tácito, nem todos os contratos administrativos envolvem, necessariamente, direitos indisponíveis da Administração.²⁴²

A arbitrabilidade objetiva restringe também as matérias que podem ser tratadas em sede de arbitragem, quando o Estado é parte da mesma, ou seja, o interesse público deve ser respeitado e, nos termos da Lei de Arbitragem, só poderão ser arbitrados os direitos patrimoniais disponíveis relativos à Administração Pública.

No entendimento de Eros Roberto Grau, é evidente que, quando se afirma que a arbitragem se presta a “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, isso não significa que não possa a Administração socorrer-se dessa via visando ao mesmo fim, pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.²⁴³

²³⁹ STJ – RE n. 606.345/RS (2003/0205290-5)

²⁴⁰ Ver: STJ – AGR MS n. 11308/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.06.2006.

²⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 255.

²⁴² TÁCITO, Caio, *Arbitragem nos litígios administrativos*, cit., p. 114.

²⁴³ GRAU, Eros Roberto, *Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação da cláusula compromissória*, cit., p. 404.

Para Diogo Figueiredo Moreira Neto, o importante é ter-se patentado um reconhecimento inequívoco da lei, bem definido, de que há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis, dentro do qual a arbitragem não é apenas aceitável, porém mais do que isso, é recomendável como alternativa introduzida pelo legislador brasileiro.²⁴⁴

Conclui-se diante do exposto que deve ser permitida a arbitragem nos termos da Lei de Arbitragem brasileira, ou seja, referente às matérias de direito patrimonial disponível ou nas questões que são ditas de interesse público secundário.

Para Marcos Paulo de Almeida Salles, a disponibilidade dos bens e direitos do Estado está condicionada a situações próprias em que se consagra a sua livre disposição, caso em que se pode pensar em arbitrabilidade no direito público.²⁴⁵

Em se cogitando de contrato público, predominantemente regido pelo direito privado, o Estado pode, no exercício do *ius gestionis*, portanto sem uso de sua autoridade (*ius imperii*), firmar convenção de arbitragem, sendo o conflito a resolver relativo a direito patrimonial disponível.²⁴⁶

Em sentido contrário, entende-se que somente em casos em que as atividades desenvolvidas pela empresa pública decorram do poder de império estatal, e cuja consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, é que estarão envolvidos direitos indisponíveis e, conseqüentemente, inarbitráveis.²⁴⁷

No âmbito do direito disponível, a arbitragem não pode tratar de matérias que dispõem sobre o poder do Estado como autoridade e vigilância, respeitando assim a arbitrabilidade objetiva, e assim entendemos que uma vez pactuado o compromisso arbitral, qualquer outra questão oriunda do contrato deve ser resolvida por arbitragem.

²⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo, Arbitragem nos contratos administrativos, cit., p. 89.

²⁴⁵ SALLES, Marcos Paulo de Almeida, Da arbitrabilidade, cit., p. 364.

²⁴⁶ LIMA, Cláudio Vianna de, A arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões, cit., p. 98.

²⁴⁷ PITOMBO, Eleonora Coelho. *Arbitragem e contratos administrativos*: caso Compagás. Disponível em: <http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_compagas.pdf. Acesso em: 31 jul. 2008.

Os aspectos que legitimam a arbitragem em qualquer outro caso também estão presentes quando a Administração está envolvida em um conflito. Não se justifica, portanto, interpretação restritiva da regra autorizadora da arbitragem.²⁴⁸

A Administração Pública pode submeter-se à arbitragem e é conveniente que o faça, quando não se trata de examinar nem decidir sobre a legitimidade de atos administrativos, mas de suas conseqüências patrimoniais²⁴⁹. Nesse sentido, novamente é demonstrado respeito à Lei n. 9.307/96, pois ao se arbitrar qualquer controvérsia, mesmo que relativa aos contratos administrativos, não há como desconsiderar a arbitrabilidade da lei.

Ressaltamos ainda que quando se fala na inclusão da convenção de arbitragem nos contratos com a Administração Pública, muitas vezes a cláusula não é recusada pelas partes, é inclusive firmada pelo Poder Público e pelo particular, no entanto grande parte das questões decorrentes do tema surge no momento em que o Estado invoca sua incapacidade de participar da arbitragem ou questiona *a posteriori* a necessidade de lei específica para participar da arbitragem. Desse modo a Administração Pública afronta a boa-fé, agindo contra sua própria conduta (*venire contra factum proprium*).

Deve-se mencionar resolução adotada pelo Instituto de Direito Internacional, em reunião ocorrida em Saint-Jacques de Compostelle, em 13.09.1988, segundo a qual um Estado, uma empresa ou entidade estatal não podem invocar sua incapacidade de concluir uma convenção de arbitragem para se recusar a participar de arbitragem com a qual havia consentido.²⁵⁰

Nas palavras de Arnaldo Wald, o *venire contra factum proprium* é um desdobramento do princípio da boa-fé e se verifica quando uma parte no contrato, com o fito de obter vantagem, se conduz de forma contraditória em relação a uma atitude anterior.²⁵¹

²⁴⁸ TALAMINI, Eduardo, A (in)disponibilidade do interesse público e suas conseqüências processuais, cit., p. 422.

²⁴⁹ MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto, *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*, cit., p. 194.

²⁵⁰ VALENÇA FILHO, Clávio, *Arbitragem e contratos administrativos*, cit., p. 370.

²⁵¹ WALD, Arnaldo, *Algumas considerações a respeito da cláusula compromissória firmada pelos estados nas suas relações internacionais*, cit., p. 305.

Assim, a visão moderna desconsidera a alegação de falta de capacidade, apresentada por uma contratante que busca escapar dos efeitos da cláusula compromissória, em virtude de dispositivo impeditivo de sua legislação nacional, pois deve prevalecer, nesse aspecto, o princípio de ordem fundamental que prepondera nas relações internacionais: a boa-fé.²⁵²

O desrespeito ao princípio da boa-fé por parte do Estado-contratante que negocia a inclusão da cláusula arbitral, para posteriormente invalidar seus atos, baseado em argumentos como o de que o instituto seria contrário à sua ordem interna, pode gerar uma situação constrangedora ao contratado, afetando a nosso ver a segurança jurídica da arbitragem.

3.4.1 A arbitragem nas leis brasileiras que regulam a Administração Pública

As legislações brasileiras que regem a Administração Pública apresentam entendimentos diversos quando tratam do Estado como contratante, bem como sobre a utilização da arbitragem. Estudaremos aqui as legislações referentes às contratações públicas e o cabimento da arbitragem nesses contratos administrativos.

Ao tratar dos contratos puramente administrativos, João Bosco Lee entende que quando o Estado desrespeita as normas de direito privado e age *publicae utilitatis causa*, sob a égide do direito público, a inserção de uma cláusula compromissória é proibida²⁵³. Diante desse entendimento, seria necessário o Estado estar autorizado por lei especial para participar da arbitragem?

Embora admitindo o emprego do juízo arbitral em matéria de contratos administrativos, maciço número de doutrinadores entende ser absolutamente necessário

²⁵² MARTINS, Pedro A. Batista, O Poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei n. 9.307/96 (3ª Parte), cit., p. 174.

haver uma expressa autorização legislativa para a submissão das controvérsias de cunho contratual a essa espécie de solução de conflitos.²⁵⁴

Existem leis no Brasil que dispõem sobre a regulamentação da Administração Pública e que apresentam a denominada expressa autorização legislativa, no entanto a doutrina não é unânime nesse sentido e, deve-se verificar quando ela será necessária.

Para Sérgio de Andréa Ferreira, a autoridade administrativa não poderá, sem autorização legislativa, firmar compromisso, quando se trate de matéria em que haja *iure imperii*, quando esteja em jogo a ordem pública. Mas nenhum problema há quando se cuida de um contrato que prevê, ele mesmo, a cláusula compromissória.²⁵⁵

No entanto, já existem leis que autorizam, assim como outras nada mencionam sobre o uso da arbitragem no âmbito da Administração Pública. Cabe agora discorrer sobre tais legislações e sobre a necessidade da autorização de uso da arbitragem ser expressa ou não.

Dentre as leis que causam as divergências de opinião quanto à participação do Estado na arbitragem, nos deparamos com a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93), alterada pela Lei n. 8.883/94, que assim dispõe sobre as licitações e os contratos administrativos:

Artigo 55 - (...)

§ 2º - Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no parágrafo 6º do artigo 32 desta Lei.²⁵⁶

²⁵³ LEE, João Bosco, *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, cit., p. 53.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, *A arbitragem e as parcerias público-privadas*, cit., p. 50.

²⁵⁵ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1972, p. 183.

²⁵⁶ “Artigo 32 - Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial. (Redação dada pela Lei n. 8.883/94) (...) § 6º - O disposto no parágrafo 4º deste artigo, no parágrafo 1º do artigo 33 e no parágrafo 2º do artigo 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e

Pode-se dizer que tal artigo restringe a arbitragem, pois a possibilidade não está descrita em lei, pois o legislador dispôs somente sobre o foro competente, o que impossibilitaria se valer da arbitragem nas licitações; mas não há restrição expressa ao instituto arbitral e, dessa maneira, entendemos que a Lei de Licitações não impossibilita a arbitragem, somente dispõe expressamente sobre o foro para os casos em que se deve utilizar o Judiciário.

Carlos Alberto Carmona opina que esse artigo e seu parágrafo não podem em hipótese alguma serem invocados para sustentar a inviabilidade da cláusula compromissória em contratos administrativos.²⁵⁷

Já em sentido contrário, para Suzana Domingues Medeiros, o parágrafo 2º é um retrocesso, na medida que criou um obstáculo à utilização da arbitragem em praticamente todos os contratos celebrados pela Administração Pública.²⁵⁸

As duas opiniões decorrem da forma como tal artigo foi redigido. A nosso ver, a arbitragem não está sendo banida das licitações no âmbito dos contratos administrativos, pois, ao mencionar o foro, entendemos que quis o legislador resguardar o local da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual cabível ao Judiciário não impedindo que seja utilizada a cláusula compromissória nas licitações, no que tange a outras divergências contratuais possíveis de serem solucionadas pela arbitragem.

Como forma de defesa da licitude do recurso à arbitragem nos contratos sujeitos ao regime geral da Lei n. 8.666/93, é utilizada a tese de que a palavra “foro” não teria sido utilizada pelo dispositivo legal em questão com o sentido usual de “espaço de uma divisão territorial onde impera a jurisdição de seus juizes e tribunais”, mas sim como sede do procedimento de solução do litígio, seja ele judicial ou arbitral.²⁵⁹

Ainda sustenta Carlos Alberto Carmona:

entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.”

²⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*, cit., p. 65.

²⁵⁸ MEDEIROS, Suzana Domingues, *Arbitragem envolvendo o estado no direito brasileiro*, cit., p. 78.

Elegendo as partes foro no contrato (e nos contratos submetidos à Lei de Licitações é obrigatória a eleição do foro da sede da Administração), estarão apenas determinando que o eventual concurso de juiz togado para realização de atos para os quais o árbitro não tenha competência (atos que impliquem a utilização de coerção, execução da sentença arbitral, execução de medidas cautelares) sejam realizados na comarca escolhida.

Marcos Paulo de Almeida Sales faz uma ressalva: diante de uma regra imprecisa e lacunosa existem dúvidas sobre a possibilidade de utilização da arbitragem nos contratos com a Administração. Nada impede, no entanto, se alvitre a possibilidade da eventual autorização prévia de Poder Legislativo para a prática de ato, submetendo o Estado à decisão arbitral.²⁶⁰

Mas, a nosso ver, a Lei de Licitações apresenta uma forma de autorizar a arbitragem nos contratos administrativos pois, em seu artigo 54, determina:

Artigo 54 - 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.

Adílson Abreu Dallari comenta que a esse artigo poder-se-ia aplicar supletivamente, e no que coubesse, o disposto nos artigos do Código Civil que tratam do compromisso, ao dispor sobre o direito das obrigações, e nos artigos do Código de Processo Civil que cuida do juízo arbitral.²⁶¹

Com o mesmo entendimento, Nancy Andrichi, em voto proferido em mandado de segurança²⁶² impetrado por Seveng Civilsan S/A – Empresas Associadas de Engenharia e Construtora Andrade Gutierrez S/A contra ato do Tribunal de Contas do Distrito Federal:

Acrescente-se que, pelo art. 54, da Lei n. 8666/93, 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 a reforçar a possibilidade de adoção do juízo arbitral para dirimir questões contratuais.²⁶³

²⁵⁹ BARBOSA, Joaquim Simões; SOUZA, Carlos Afonso Pereira de. Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida, cit., p.273.

²⁶⁰ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da arbitrabilidade, cit., p. 365.

²⁶¹ DALLARI, Adílson Abreu, Arbitragem na concessão de serviço público, cit., p. 7.

²⁶² TJDF – MS n. 1998002003066-9, j. 18.05.1999.

²⁶³ MARTINS, Pedro A. Batista, O Poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei n. 9.307/96 (3ª Parte), cit., p. 168.

Essa decisão concedeu a segurança e determinou que as controvérsias fossem resolvidas por arbitragem, conforme previsão do edital de licitação. Clávio Valença Filho acrescenta que, se foi estipulado no edital que qualquer discordância referente ao contrato, não solucionada amigavelmente, poderia ser discutida por juízo arbitral, essa disposição deve ser fielmente observada pelas partes contratantes.²⁶⁴

Outras leis autorizam expressamente a utilização da arbitragem na solução de eventuais conflitos, como a Lei n. 8.987/95, que trata de concessão e permissão dos serviços públicos, o Decreto n. 1.719/95, que dispõe sobre a concessão e permissão para a exploração de serviços de telecomunicação, a Lei n. 9.472/97, referente às telecomunicações, a Lei n. 9.478/97, denominada “Lei do Petróleo”, e ainda a Lei n. 10.848/2004, que disciplina a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e as Parcerias Público-Privadas (PPP), regulada pela Lei n. 11.079/2004.

Pedro Martins comenta que tais leis deram um basta à infrutífera discussão da submissão dos entes estatais à arbitragem, cristalizando no direito administrativo o melhor entendimento dentre os existentes.²⁶⁵

A Lei n. 8.987/95 trata, em seu artigo 23, das cláusulas essenciais do contrato de concessão, como as relativas ao foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais. Determina ainda tal legislação que, uma vez escolhida a arbitragem e aplicada pelas partes (administração e licitante), deverá ser observada a Lei n. 9.307/96.

Adílson Abreu Dalari entende que a arbitragem é uma forma amigável de solução de divergências ou composição de conflitos²⁶⁶. Assim como Diogo Moreira Neto, comenta que só há três modos de solucionar amigavelmente controvérsias contratuais: pela mediação, pela conciliação e pela arbitragem²⁶⁷, o que permite dizer que a arbitragem pode ser usada nos contratos de concessão.

²⁶⁴ VALENÇA FILHO, Clávio, Arbitragem e contratos administrativos, cit., p. 364.

²⁶⁵ MARTINS, Pedro A. Batista, O Poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei n. 9.307/96 (3ª Parte), cit., p. 176.

²⁶⁶ DALLARI, Adílson Abreu, Arbitragem na concessão de serviço público, cit., p. 05.

²⁶⁷ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo, Arbitragem nos contratos administrativos, cit., p. 88.

Há entendimentos contrários, no entanto, ligados à interpretação, pois diante da redação dada pelo legislador a tal artigo, quando se refere ao foro, está determinando que caso o objeto não seja arbitrável, caberá ao Poder Judiciário apreciar as questões privativas a ele. Diante disso, a arbitragem será obrigatoriamente utilizada em todas as outras questões que por ela possam ser solucionadas.

Selma Lemes salienta que quando se prevê a situação da eleição de foro, está a se referir a controvérsias não suscetíveis de apreciação por arbitragem e que são privativas do Judiciário; por outro lado, a solução extrajudicial de controvérsias será prevista obrigatoriamente para as questões que possam por essa via ser solucionada.²⁶⁸

Hely Lopes Meirelles comenta ainda que nos contratos de concessão e permissão de serviço público, torna-se obrigatória a inserção da cláusula que disponha expressamente sobre o foro e sobre o modo amigável de solução de divergências contratuais²⁶⁹. Nesse sentido, Suzana Medeiros acrescenta que essa legislação respeita o princípio da legalidade como pressuposto da arbitrabilidade subjetiva.²⁷⁰

Cabe ainda dizer que os contratos devem ser cumpridos de boa-fé, observando o equilíbrio econômico financeiro e as especificações técnicas. Sob essa ótica é que a inserção de cláusulas arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos deve ser considerada.²⁷¹

Cláudio Vianna de Lima, ao comentar o significado da Lei de Concessões, menciona sua aplicação em contrato administrativo:

Foi firmado contrato em 31 de outubro de 1995 com a Companhia de Concessões Ferroviária Juiz de Fora-Rio; já se incluíram disposições visando ao “acordo entre as partes” (Seção V, 8, do Capítulo I – Disposições gerais), está prevista na Seção XXXIV, do Capítulo III – Do regime jurídico da concessão – “Processo amigável de solução de divergências contratuais”. A Subseção III se refere a “Tribunal

²⁶⁸ LEMES, Selma Maria Ferreira, *A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública: a empresa estatal, o estado e a concessão de serviço público*, cit., p. 194.

²⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 255.

²⁷⁰ MEDEIROS, Suzana Domingues, *Arbitragem envolvendo o estado no direito brasileiro*, cit., p. 93.

²⁷¹ LEMES, Selma Maria Ferreira, *A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública: a empresa estatal, o estado e a concessão de serviço público*, cit., p. 196.

Arbitral”(n. 199 a 205), agora deverá este ser adaptado em obediência à Lei 9.307 de 1996.²⁷²

Podemos dizer que a arbitragem não era negada, no entanto, a redação do artigo era questionável quanto à sua utilização, pois utilizava termos imprecisos, como “a resolução por um modo amigável de solução de divergências contratuais”; no entanto, a Lei n. 11.196/2005, que alterou a Lei de Concessões, expressamente autorizou a arbitragem, com a inclusão do artigo 23-A que dispõe:

Artigo 23-A - O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei n. 11.196/2005).

A nova redação dada ao artigo demonstra que o legislador preocupou-se em conferir ao mesmo clareza exemplar, o que, a nosso ver, é de grande importância, pois demonstra que não há necessidade de impedir o uso da arbitragem no âmbito da Administração Pública, visto ser um instituto que visa ao favorecimento do Estado, quando de sua aplicação.

E ainda, ao se eleger a arbitragem, não se está transigindo ou negligenciando o interesse público; ao contrário, está-se elegendo um modo mais célere e especializado de solucionar controvérsias, que observará os ditames de um julgamento justo²⁷³. Para tanto, o contrato de concessão deverá respeitar os preceitos e princípios da Lei de Arbitragem, mormente o disposto no artigo 21, parágrafo 2º, ou seja, os princípios do contraditório, da igualdade das partes e da livre convicção do árbitro.²⁷⁴

Importante ressaltar que a arbitragem em contratos de concessão de serviços está também prevista na legislação do Estado de São Paulo, no artigo 8º, XXI, da Lei n. 7.835, de 08.05.1992, e na do Estado do Rio de Janeiro, no artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei n. 1.481,

²⁷² LIMA, Cláudio Vianna de, A arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões, cit., p. 102.

²⁷³ LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva: confidencialidade ou publicidade processual? Palestra proferida na Reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR) realizada em São Paulo em 06 de maio de 2003. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 6, n. 21, p. 387-407, jul./set. 2003.

²⁷⁴ MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto, *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*, cit., p. 195.

de 21.06.1989. Por isso, mais uma vez, ressaltamos que não há como ser questionada a possibilidade de arbitrar questões de direitos patrimoniais disponíveis que envolvam a Administração Pública, em contratos de concessão de obras e serviço público.

Também o Decreto n. 1.719/95, que dispõe sobre a concessão e permissão para a exploração de serviços de telecomunicação, prevê no artigo 37, inciso XIV, a necessidade de constar expressamente nos contratos o foro e o modo amigável de solução de eventuais divergências contratuais.

No âmbito das agências reguladoras, pode-se mencionar que a Lei Geral das Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), em seu artigo 93, inciso XV, autorizou a utilização de solução extrajudicial em caso de divergências contratuais nos contratos de concessão, apresentando-se diferente de outras legislações, que mencionam o termo “solução amigável”.

A Lei do Petróleo (Lei n. 9.478/97) dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e estabelece mecanismos amigáveis de solução de disputas em questões sobre os agentes econômicos, nos termos do artigo 20 e 27:

Artigo 20 - O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento.

(...)

Artigo 27 - Quando se tratar de campos que se estendam por blocos vizinhos, onde atuem concessionários distintos, deverão eles celebrar acordo para a individualização da produção.

Parágrafo único - Não chegando as partes a acordo, em prazo máximo fixado pela ANP, caberá a esta determinar, com base em laudo arbitral, como serão equitativamente apropriados os direitos e obrigações sobre os blocos, com base nos princípios gerais de Direito aplicáveis.

Em seu artigo 43, inciso X, dispõe que o contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

Artigo 43 – (...)

(...)

X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

Ao usar a expressão arbitragem internacional, entendemos que o legislador quis utilizar-se do meio mais amplo, diante disso englobando também a arbitragem interna para a solução de conflitos.

A Lei n. 10.848/2004, que disciplina a CCEE, dispõe sobre a arbitragem no artigo 4º, parágrafos 5º e 6º:

Artigo 4 - Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei.

(...)

§ 5º - As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 6º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no parágrafo 5º deste artigo.

Tal legislação não só autoriza a arbitragem para os casos relacionados às questões referentes à energia elétrica, como também dispõe que as empresas públicas e de economia mista devem se submeter a esse mecanismo alternativo de solução de conflitos, mais uma vez resguardando a segurança na utilização do instituto.

A arbitragem também pode ser utilizada no âmbito das PPPs, nos termos da Lei n. 11.079/94, que trata da prestação de serviço pela parte privada ao Poder Público, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dentre outras leis específicas editadas individualmente pelos Estados como Minas Gerais, São Paulo e Goiânia, as quais não serão objeto do presente trabalho.

Há, na parceria público-privada, o pressuposto de conjugação de recursos e de gestão, de simultâneo respeito às políticas públicas e garantia de sustentabilidade

econômica da atividade em áreas tão variadas²⁷⁵. Para tanto, é elaborado um contrato em que serão partes um particular e a Administração Pública, no qual haverá a possibilidade de se inserir a cláusula de arbitragem.

Toshio Mukai salienta que a arbitragem somente poderá ser utilizada em matérias de PPPs quando se trata de questões em que o Poder Público não abrirá mão de bens e interesses (públicos) portadores da condição de indisponibilidade. Nessas condições, a via de solução de conflitos só pode ser a judicial.²⁷⁶

No entanto, a arbitragem, nos termos da Lei n. 11.079/2004, está autorizada e deverá estar prevista no edital de licitação:

Artigo 11 - O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os parágrafos 3º e 4º do artigo 15, os artigos 18, 19 e 21 da Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

(...)

III - o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil, em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Uma vez autorizada expressamente por lei, não há o que se questionar sobre o não-cabimento da arbitragem na Lei das PPPs. Mauricio P. Ribeiro e Lucas N. Prado comentam que essa lei, ao prever expressamente o uso da arbitragem nos contratos de PPPs, resolveu a controvérsia quanto à sua possibilidade em contratos que envolvem o Poder Público.²⁷⁷

Ora, sendo o juízo arbitral uma solução aceita pelas partes, criada ou admitida pela lei, nenhum conflito pode haver quanto à sua aceitação como procedimento normal e legítimo da Administração.²⁷⁸

²⁷⁵ GREBLER, Eduardo, A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada, cit., p. 70.

²⁷⁶ MUKAI, Toshio et al. *Parcerias público-privadas: comentários à Lei Federal n. 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES*. Rio de Janeiro: Forense. Universitária, 2005. p. 20.

²⁷⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 288-289.

A tendência atual das legislações é de permitir cada vez mais a utilização da arbitragem em alguns contratos específicos da Administração Pública. Suzana Medeiros comenta, todavia, que o direito brasileiro ainda carece de uma lei que altere o parágrafo 2º do artigo 55 da Lei n. 8666/93, e que crie uma permissão genérica à utilização da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública, disciplinando seus limites e particularidades.²⁷⁹

Nossa posição é a de que tal legislação já autoriza hoje a arbitragem, pois ao atuar a empresa estatal como particular, está dispensada do procedimento licitatório.

Com relação à necessidade de lei específica, José Emilio Nunes Pinto assegura que essas leis, por não serem específicas em relação à arbitragem, estão alinhadas com a autorização geral contida na Lei n. 9.307/96²⁸⁰, o que, para nós, parece ter grande coerência, pois desse modo tais leis somente enfatizam o cabimento do uso da arbitragem pelo Estado.

As leis neste estudo apontadas garantem a aplicação da arbitragem alternativamente ao Judiciário, não necessitando de autorização para que o instituto seja utilizado, pois a permissão legal decorre da Lei de Arbitragem; dessa forma, entendemos que o legislador incluiu a possibilidade do uso desse instituto pelas partes por ser um costume, ser usual quando se trata de uma questão que gera controvérsias.

Diante das diversas legislações mencionadas e das questões controvertidas que suscitam ainda dúvidas quanto à aplicação da arbitragem, sustentamos que não deve ser obrigatória a expressa autorização legal para o uso do júízo arbitral pela Administração Pública, pois a arbitragem deve, nos direitos interno e internacional, seguir as regras dispostas em sua lei própria, que permite que o Estado a utilize, pois autoriza as pessoas capazes de contratar de fazê-lo – e a Administração Pública e todos que fazem dela parte não deixam de ter essa característica – assim como que disponham de arbitrabilidade objetiva, ou seja, nos termos da lei brasileira aos direitos patrimoniais disponíveis.

²⁷⁸ CAVALCANTI, Temístocles, Concessão de Serviço Público – Encampação – Júízo Arbitral, cit., p. 517.

²⁷⁹ MEDEIROS, Suzana Domingues, Arbitragem envolvendo o estado no direito brasileiro, cit., p. 84.

²⁸⁰ PINTO, José Emilio Nunes, A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o estado e empresas estatais, cit., p. 16.

CONCLUSÃO

O instituto da arbitragem é antigo, mas sua aplicação no âmbito do comércio se intensificou em virtude do impulso causado pela globalização. A modernização e o aumento de comunicação entre os países desenvolveu o comércio internacional ocorrendo um maior envolvimento entre os Estados, tanto no âmbito das relações internacionais, como internamente a cada país, gerando, assim, conflitos que, alternativamente ao Poder Judiciário, podem ser solucionados pela arbitragem.

Esse instrumento de solução de conflitos passou a ser aplicado também em contratos que envolvem o Estado, haja vista a multiplicidade de empreendimentos por este desenvolvidos, ao que são contratados entes nacionais de direito privado ou de fora do Brasil, mediante contratos que contemplam a convenção de arbitragem gerando uma maior segurança para as suas relações comerciais.

Nesse sentido, concluímos pela tese de que são arbitráveis os contratos firmados com a Administração Pública, mas deve ser respeitada a arbitrabilidade imposta pela Lei de Arbitragem brasileira, que contempla as limitações ao instituto.

Diante do exposto, acreditamos que a inclusão de cláusula arbitral nos contratos com a Administração Pública permite que o particular vislumbre uma maior segurança, pois são incontestáveis as vantagens desse instituto privado se o compararmos com os benefícios apresentados pelo Judiciário; esse entendimento se justifica ainda mais na medida que o Estado contrata empresas estrangeiras para a prestação de serviços, pois elas não têm conhecimento das leis nacionais que serão aplicadas em caso de controvérsias.

Salientamos ainda que a administração poderá valer-se das vantagens da arbitragem, entre as quais destacamos: (i) que a solução arbitral é uma forma menos custosa de solução de litígios; (ii) que um menor tempo será despendido na solução da controvérsia; (iii) possibilita a intervenção de especialistas nas matérias que serão objeto da controvérsia; (iv) são as partes mais cooperativas, pois na arbitragem existe um menor grau de litigiosidade do que no Judiciário; (v) desafoga o Judiciário, resguardando-o para que atue nos litígios que lhe cabe examinar; e (vi) tende ao ideal da pronta justiça, levando as partes a um consenso.

Sabemos, no entanto, conforme demonstrado no presente trabalho, que existem limites para a aplicação desse instituto. No âmbito internacional, referimo-nos à lei que será utilizada para regular a arbitragem e à ordem pública do local da sede do tribunal arbitral. Internamente, são inquestionáveis os limites impostos pela Lei de Arbitragem brasileira, e que são lastreados pelos princípios constitucionais e de direito público, assim como pela ordem pública.

No cenário internacional, verifica-se constantemente o uso da arbitragem em contratos firmados com a Administração Pública, estando autorizado e regulado pelas convenções internacionais e acordos de garantias e promoção de investimentos, garantindo uma igualdade de tratamento para o investidor estrangeiro e o nacional.

Cabe ainda ressaltar que o uso da arbitragem nos contratos em que o Estado é parte possibilita uma maior integração com a sociedade, havendo dessa forma uma convergência das normas de direito público com as de direito privado. A Administração Pública pode utilizar a arbitragem no momento em que age como pessoa de direito privado, ou seja, é capaz de contratar e pode dispor do interesse público secundário, que é disponível.

Em nosso entendimento, o uso da arbitragem pelos entes da Administração não lhes causa nenhum tipo de prejuízo e não fere seus interesses, pois as vantagens do instituto garantem que o Estado atue com uma melhor qualidade em seus deveres perante a sociedade, garantindo relações contratuais equilibradas e sadias com parceiros privados, aumentando a credibilidade da Administração Pública nacional perante os investidores estrangeiros e assegurando uma solução rápida e eficiente para os litígios envolvendo entes estatais.

Podemos ainda concluir que a arbitragem garante à Administração Pública uma maior segurança jurídica nas suas relações com os entes particulares, assim como um melhor equilíbrio econômico financeiro e um melhor desenvolvimento econômico.

Outrossim, a arbitragem envolvendo empresas estatais pode ser utilizada na solução de conflitos de natureza patrimonial e disponível, consagrando-a como meio mais

vantajoso e desejável para a própria Administração solucionar conflitos, pois permite que o Estado seja mais eficiente, otimizando os recursos públicos e garantindo o dever de eficácia administrativa em suas relações comerciais.

REFERÊNCIAS

Livros

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e de prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARANA, Josycler; CACHAPUZ, Rozane da Rosa (Coords.). *Direito internacional: seus tribunais e meios de solução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAÚJO, Nadia. *Direito internacional privado: teoria e pratica brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARNALDEZ, Jean Jacques, DERAINS, Yves, HASCHER, Dominique. *Collection of ICC Arbitral Awards: 1996-2000*. The Hague: Kluwer Law International, 2003. (Collection of ICC Arbitral Awards Series Set).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAPTISTA, Luiz Olavo, FONSECA, José Roberto Franco (Coords.). *O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Professor Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr, 1998.

BARBOSA, Joaquim Simões; SOUZA, Carlos Afonso Pereira de. *Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida*. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e de prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 267-291.

BLESSING, Marc. The law applicable to the arbitration clause and arbitrability. In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. International Council for Commercial Arbitration. The Hague: Aspen Publishers; Boston: Kluwer Law International, 1999. p. 168-188. (ICCA Congress Series, n. 9).

BORN, Gary B. *International commercial arbitration: commentary and materials*. 2nd ed. Ardsley, NY: Transnational Publishers; The Hague, The Netherlands: Kluwer Law International, 2001.

BUCHER, Andreas; TSCHANZ, Pierre-Yves. *International arbitration in Switzerland*. Basle, Frankfurt on the Main: Helbing & Lichtenhahn, 1989.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Da arbitragem no Brasil e no mundo. In: ARANA Josycler; CACHAPUZ, Rozane da Rosa (Coords.). *Direito internacional: seus tribunais e meios de solução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 328-339.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 2. ed. rev., atual. e ampl. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2006.

CHEDLY, Lotfi. *Arbitrage commercial & ordre public transnational*. Tunis: Centre de Publication Universitaire, 2002.

CRAIG, W. Laurance, PARK, Willian W.; PAULSSON, Jan. *International Chamber of Commerce arbitration*. 3rd ed. Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, 2000. (ICC Publication, n. 594).

CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito categorial de arbitragem. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco (Coords.). *O direito internacional no terceiro milênio: estudo em homenagem ao Professor Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr, 1998. p. 763-775.

CRETELLA NETO. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil interpretada*. 11. ed. adaptada à Lei n. 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 7. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1972.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FINKELSTEIN, Claudio. A homologabilidade da decisão arbitral e a exceção de ofensa à ordem pública frente ao direito internacional privado brasileiro. In: ARANA, Josyler; CACHAPUZ, Rozane da Rosa (Coords.). *Direito internacional: seus tribunais e meios de solução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 97-114.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *On international commercial arbitration*. Edited by Emmanuel Gaillard e John Savage. The Hague; Boston; London: Kluwer Law International, 1999.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. The Hague; Boston; London: Kluwer Law International, 1999.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HANOTIAU, Bernard. *Arbitration in banking and financial matters: ASA Swiss Arbitration Association Conference in Geneva of January 31, 2003: presentation*. Edited by Gabrielle Kaufmann-Kohler and Viviane Frossard. Basel: Association Suisse de L'Arbitrage (ASA), 2003.

_____. *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

_____. The law applicable to arbitrability. In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. International Council for Commercial Arbitration. The Hague: Aspen Publishers; Boston: Kluwer Law International, 1999. p. 146-167. (ICCA Congress Series, n. 9).

_____. Objective arbitrability, its limits, its problem areas. In: BLESSING, Marc et al. *Objective arbitrability, antitrust disputes, intellectual property disputes: a collection of reports and materials delivered at the ASA Conference held in Zurich on 19 November 1993*. Basel: Association Suisse de L'Arbitrage (ASA), 1994. p. 26-43. (ASA Special Series, n. 6).

JARROSSON, Charles. *La notion d'arbitrage*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1987. (Bibliothèque de Droit Prive, 198).

KOVÁCS, Péter (Ed.). *História ante portas = L'histoire en droit international = History in International Law*. Bóbor Kiadó, 2004. Miskolc, 2004. (Studia Iuris Gentium Miskolcinsensia, Tomus II).

LALONDE, Marc. The evolving definition of arbitration and arbitrability. In: In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. International Council for Commercial Arbitration. The Hague: Aspen Publishers; Boston: Kluwer Law International, 1999. p. 189-196. (ICCA Congress Series, n. 9).

LAUTERPACHT, Hersch. *Private law sources and analogies of international Law: with special reference to international arbitration*. Union, NJ: Lawbook Exchange, 2002.

LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública: a empresa estatal, o Estado e a concessão de serviço público. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 175-206.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

LOWENFELD, Andreas F. *International litigation and arbitration*. 3rd ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2006. (American Casebook Series).

MAGALHÃES, José Carlos de. *Do estado na arbitragem privada*. São Paulo: Max Limonad, 1988.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MAGALHÃES, José Carlos de; VALLE, Regina Ribeiro do. Mundialização do direito. In: LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 254-266.

MARRELLA, Fabrizio; MOZZATO, Andrea. La pratica dell'Arbitrato a Veneza TRA I Secolo XII ED IL e Secolo XV. In: MARRELLA, Fabrizio; MOZZATO, Andrea. *Alle origini dell'arbitrato commerciale internazionale: l'arbitrato a Venezia tra Medioevo ed età moderna*. Milano: CEDAM, 2001. Parte prima, capitolo quarto, p. 51-97. (Studi e Pubblicazioni Della Rivista Di Diritto Internazionale Privato e Processuale).

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa do direito*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

MUKAI, Toshio et al. *Parcerias público-privadas: comentários à Lei Federal n. 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES*. Rio de Janeiro: Forense. Universitária, 2005.

PARK, William W. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2006.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem transnacional: a determinação do Estatuto da Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005.

PITOMBO, Eleonora Coelho. Os efeitos da convenção de arbitragem: adoção do princípio *kompetenz-kompetenz* no Brasil. In: LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 326-338.

RACINE, Jean-Baptiste. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. Paris: LGDJ, 1999.

RAESCHKE-KESSLER, Hilmar. Some developments on arbitrability and related issues. In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *International arbitration and national courts: the never ending story*. International Arbitration Congress, New Delhi, 2-4 March, 2000. International Council for Commercial Arbitration. The Hague: Aspen Publishers; Boston: Kluwer Law International, 2001. p. 44-62. (ICCA Congress Series, n. 10).

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROMAIN, Jean-François. *L'ordre public, concept et applications*. Les Conférences du Centre de Droit Privé et de Droit Économique. Bruxelles: Bruylant, 1995. (Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, 3).

RUBINO SAMMARTANO, Mauro. *International arbitration law and practice*. 2nd ed. rev. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Licitação internacional: proibição de previsão de juízo arbitral. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. rev. e ampl. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 279-281.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1996.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público e suas conseqüências processuais. In: HARGER, Marcelo (Org.). *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 409-429.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. *Arbitragem no direito brasileiro: Lei n. 9.307/96*. São Paulo: LEUD, 2004.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

YESILIRMAK, Ali. *Provisional measures in international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

Artigos de Periódicos

ARFAZADEH, Homayoon. Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited. *Arbitration International*, London, London Court of International Arbitration (LCIA), v. 17, n. 1, p. 73-87, 2001

BARON, Patrick M.; LINIGER, Stefan. A second look at arbitrability. *Arbitration International*, London, London Court of International Arbitration (LCIA), v. 19, n. 1, p. 27-54, 2003.

BERGER, Mark. Arbitration and arbitrability: toward an expectation model. *Baylor Law Review*, Waco, Texas, Baylor University, v. 56, n. 3, p. 753-805, Fall, 2004.

BERNARDINI, Piero. *L'arbitrato commerciale Internazionale*. Milano: Giuffrè, 2000. (Contratti & Commercio Internazionale).

BIANCHI, Giorgio. *L'arbitrato nelle controversie societarie*. Padova: CEDAM, 2001. (Diritto della Giurisprudenza, 9).

BLACKABY, Nigel, LINDSEY, David, SPINILLO, Alessandro (Eds.). *International arbitration in Latin America*. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

BLESSING, Marc. Arbitrability of intellectual property disputes. *Arbitration International*, London, London Court of International Arbitration (LCIA), v. 12, n. 2, p. 191-221, 1996.

BOIVIN, Richard; MARIANI, Nicola. International Arbitration in Canadá: Highest Court Rules in Favour of Broad Interpretation of Arbitrability. *Journal of International Arbitration*, Geneva, Switzerland: D. Thompson/Werner, v. 20, n. 5, p. 507-514, 2003.

BONNELL, Dan. Arbitrability of competition disputes in Australian Law. *The Australian Law Journal*, Sydney, v. 79, n. 9, p. 585-592, 2005.

BORJA, Ana Gerdau. Intellectual property mandatory rules and arbitrability in Brazil and in the United States of America. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, PPGDir./UFRGS, Edição especial, v. 2, n. 5, p. 351-376, ago. 2004.

BOUCOBZA, Xavier. Jurisprudence française. Le consommateur de produits financiers aux prises avec l'arbitrage international, note sous Cass. civ. 1re, 30 mars 2004; Paris, 14e Ch. A, 2 avril 2003; Paris, 1re Ch. D, 28 janvier et avril 2004. *Revue de L'Arbitrage*, Paris, Comité Français de L'Arbitrage, n. 1, p. 115-133, janv./mars. 2005.

CAVALCANTI, Temístocles. Concessão de Serviço Público – Encampação – Juízo Arbitral. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 45, p. 499-518, jul./set. 1956.

COFFEE JR, John C. No exist?: Opting out, the Contractual Theory of the Corporation, and the Special Case of Remedies. *Brooklyn Law Review*, Brooklyn, New York, Brooklyn Law School, v. 53, 1988.

CRETELLA NETO, José. Arbitragem internacional: o significado peculiar do instituto no contexto do mecanismo de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. *Revista de Direito Internacional Econômico*, Porto Alegre, Síntese/INCE, v. 3, n. 9, p. 5-33, out./dez. 2004.

DALLARI, Adílson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 13, p. 5-10, 1996.

DALY, Brooks W. Correction and interpretation of arbitral awards under the ICC Rules of Arbitration. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 13, n. 1 p. 61-71, Spring 2002.

DINAMARCO, Julia Raquel de Queiroz. Arbitragem e administração pública. *Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), n. 51, p. 46-59, out./1997.

DIWAN, Ricky H. Problems associated with the enforcement of arbitral awards revisited. *Arbitration International*, London, London Court of International Arbitration (LCIA), v. 19, n. 1, p. 55-66, 2003.

ENEI, Jose Virgilio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 42, n. 129, p. 136-173, jan./mar. 2003.

FADLALLAH, Ibrahim. L'ordre public dans les sentences arbitrales. *Recueil des Cours: Académie de Droit International de la Haye = Collected courses: The Hague Academy of International Law*, The Hague, M. Nijhoff, v. 249, n. 5, p. 369-430, 1994.

GAILLARD, Emmanuel. Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international. *Revue de L'Arbitrage*, Paris, Comité Français de L'Arbitrage, n. 2, p. 375-390, avril./juin 2005.

GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional – Regras da Lei n. 9.307/96 e de outras legislações – Normas de ordem pública em diversos sistemas – Antecedentes jurisprudenciais. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 4, n. 12, p. 337-356, abr./jun. 2001.

GOOLDMAN, Ronald E. M. Arbitrability and antitrust: Mitsubishi Motors Corp, v. Soler Chrysler-Plymouth. *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, NY, Columbia Society of International Law, v. 23, p. 655-678, 1985.

GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação da cláusula compromissória. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 5, n. 18, p. 305-405, out./dez. 2002.

GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, p. 60-72, maio/ago. 2004.

GRIGERA NAÓN, Horacio A. Public policy and international commercial arbitration: the Argentine perspective. *Journal of International Arbitration*, Geneva, Switzerland: D. Thompson/Werner, v. 3, n. 2, p. 7-27, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 233, p. 377-385, jul./set. 2003.

HANOTIAU, Bernard. L'arbitrabilité et *la favor arbitrandum*: um réexamen. *Journal du Droit International*, n. 4, p. 899-966, oct./déc. 1994.

KAHALE, George. New legislation in the United States facilitates enforcement of arbitral agreements and awards against foreign states. *Journal of International Arbitration*, Geneva, Switzerland: D. Thompson/Werner, v. 6, n. 2, p. 57-64, June 1989.

KANTOR, Mark. International project finance and arbitration with public sector entities: when is arbitrability a fiction. *Fordham International Law Journal*, New York, FordhamUniversity School of Law, v. 24, n. 4, p. 1.122-1.183, April 2001.

KERR JR., John J. Arbitrability of Securities Law Claim in Common Law Nations. *Arbitration International*, London, London Court of International Arbitration (LCIA), v. 12, n. 2, p. 171-178, 1996.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Arbitrabilidade subjetiva: a competência da administração para a celebração de convenção arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, v. 3, p. 177-190, set./dez. 2004.

LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do mercosul. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 3, n. 8, p. 346-358, abr./jun. 2000.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva: confidencialidade ou publicidade processual? Palestra proferida na Reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR) realizada em São Paulo em 06 de maio de 2003. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 6, n. 21, p. 387-407, jul./set. 2003.

LIMA, Cláudio Vianna de. A arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 91-104, jul./set. 1997.

MARRELLA, Fabrizio. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts in ICC Arbitration, 1999-2001. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 12, n. 2, p. 49-55, Fall 2001.

MARTINS, Pedro A. Batista. O Poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei n. 9.307/96 (3ª Parte). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 98, v. 359, p. 165-177, jan./fev. 2002.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato administrativo e a Lei de Arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 223, p. 113-131, jan./mar. 2001.

MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 98, v. 361, p. 293-303, maio/jun. 2002.

MAYER, Pierre. Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international? *Revue de L'Arbitrage*, Paris, Comité Français de L'Arbitrage, n. 2, p. 361-374, avril/juin 2005.

MCGRATH, J. Paul. Son of Mitsubishi: arbitration of domestic antitrust disputes. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 7, n. 3, p. 693-702, 1986.

MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 233, p. 71-101, jul./set. 2003.

MIGNOT, Marc. Jurisprudence française: la défaillance du codébiteur poursuivi, cause de paralysie de l'extension de la chose jugée entre tous les codébiteurs, note sous Paris, 1re Ch. C, 10 mars 2005. *Revue de L'Arbitrage*, Paris, Comité Français de L'Arbitrage, n. 2, p. 456-468, avril/juin 2006.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 81-90, jul./set. 1997.

MUSTILL, Michael John. Arbitration: history and background. *Journal of International Arbitration*, Geneva, Switzerland: D. Thompson/Werner, v. 6, n. 2, p. 46-47, 1989.

OKEKE, Edward Chukwuemeke. Arbitration of federal securities claims. *Arbitration International*, London, London Court of International Arbitration (LCIA), v. 15, n. 3, p. 267-294, 1999.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista de Arbitragem e Mediação São Paulo, Revista dos Tribunais*, ano 4, n. 12, p. 29-58, jan./mar. 2007.

PARK, William W. The Arbitrability Dicta in *Firts Options v. Kaplan*: What Sort of Kompetenz – Kompetenz has crossed the Atlantic. *Arbitration International*, London, London Court of International Arbitration (LCIA), v. 12, v. 2, p. 137-159, 1996.

_____. The Lex Loci Arbitri and international commercial arbitration. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge University Press, v. 32, n. 1, p. 21-52, Jan. 1983.

PAULSSON, Jan. Arbitrability, still through a glass darkly. In: ARBITRATION in the next decade. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement, 1999. p. 95-104. (ICC Publication, n. 612).

_____. Delocalization of international commercial arbitration when and why it matters. *International and Comparative Law Quarterly*, v.. 32, 1983.

_____. Jurisprudence étrangère: Etats-Unis. Chromalloy redux, note sous US District Court, District of Columbia, 17 mars 2006 (*TermoRio c/ Electrificadora Dela Atlantico*). *Revue de L'Arbitrage*, Paris, Comité Français de L'Arbitrage, n. 3, p. 786-804, juil./sept. 2006.

PERESIE, Jennifer L. Reducing the presumption of arbitrability. *Yale Law & Policy Review*, v. 22, n. 2, p. 453-462, 2004.

PERRET, François. I limiti dell'Arbitrabilità. *Rivista dell'Arbitrato*, Milano, Associazione Italiana Per L'Arbitrato; Giuffrè, n. 4, p. 677-969, 1994.

PINTO, José Emilio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o estado e empresas estatais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr); IOB, v. 1, n. 1, p. 9-26, jan./mar. 2004.

POSER, Norman S. Arbitrability of international securities disputes. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 12, n. 3, p. 675-692, 1986.

POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration*. 2nd. ed. updated and rev. London : Sweet & Maxwell, 2007.

RACINE, Jean-Baptiste. Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international. *Revue de l'Arbitrage*, Paris, Comité Français de l'Arbitrage, n. 2, p. 305-360, avril/juin 2005.

RADICATI DI BROZOLO, Luca G.. Jurisprudence étrangère: Suisse. L'insoutenable légèreté de l'ordre public (encore à propos du droit de la concurrence), note sous Tribunal fédéral, 8 mars 2006. *Revue de L'Arbitrage*, Paris, Comité Français de L'Arbitrage, n. 3, p. 763-785, juil./sept. 2006.

ROGERS, Andrew. Arbitrability. *Arbitration International*, London, London Court of International Arbitration (LCIA), v. 10, n. 3, 263-276, 1994.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da arbitrabilidade. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 3, n. 10, p. 360-365, out./dez. 2000.

SHELL, G. Richard. Arbitration and corporate governance. *North Carolina Law Review*, Carolina do Norte (EUA), v. 67, p. 517-575, 1989.

SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas. A construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr); IOB, ano 2, n. 8, p. 7-42, out./dez. 2005.

SPELLISCY, Shane. Burning the idols of non-arbitrability arbitrating administrative law disputes with foreign investors. *The American Review of International Arbitration*, v. 12, n. 1, p. 95-119, 2001.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Arbitragem e os contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 105-107, jul./set., 1997.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 210, p. 111-115, out./dez. 1997.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Arbitragem e contratos administrativos. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 3, n. 8, p. 359-373, abr./jun. 2000.

VERBIST, Herman. Arbitrability of exclusive distributorship agreements in Belgium: Lex Fori (and Lex Contractus)? *Journal of International Arbitration*, Geneva, Switzerland: D. Thompson/Werner, v. 22, n. 5, p. 427-434, 2005.

VOSER, Nathalie. Arbitrability and the applicable law in the claims resolution process for dormant accounts in Switzerland. *Arbitration International*, London, London Court of International Arbitration (LCIA), v. 15, n. 3, p. 237-266, 1999.

ZHILSOV, A. N. Mandatory and public policy rules in international commercial arbitration. *Netherlands International Law Review*, v. 42, p. 81-119, 1995.

WALD, Arnaldo. Algumas considerações a respeito da cláusula compromissória firmada pelos estados nas suas relações internacionais. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 5, n.18, p. 283-308, out./dez. 2002.

Internet

LEMES, Selma Maria Ferreira. A arbitragem doméstica e a arbitragem internacional. *Valor Econômico*, de 05 ago. 2003, Caderno Legislação & Tributos, p. E-2. Disponível em: <http://www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=18>. Acesso em: 05 ago. 2008.

MOURÃO, Marcela. *Entrevista: Selma M. Ferreira Lemes, especialista em arbitragem*. O que é arbitragem, quem pode ser árbitro, tipos de arbitragem; Histórico - Prática da arbitragem já era comum no século XIX; No mundo - A evolução brasileira na arbitragem internacional. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/reporterterra/direito/interna02.htm>>. Acesso em: 31 jul. 2007.

PINTO, José Emilio Nunes. As vantagens da cláusula compromissória clara e precisa para condução da arbitragem. *Mundo Jurídico*, 22 set. 2005. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=566>. Acesso em: 15 jul. 2008.

PITOMBO, Eleonora Coelho. *Arbitragem e contratos administrativos: caso Compagás*. Disponível em: <http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_compagas.pdf>. Acesso em: 31.07.2008.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)