

---

**A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA  
ARBITRAGEM NO BRASIL E SUA APLICABILIDADE  
NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS  
EM GERAL: A ARBITRABILIDADE ESTATAL COMO  
UM DOS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS  
COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

---

*THE HISTORICAL EVOLUTION OF THE INSTITUTE OF ARBITRATION  
IN BRAZIL AND ITS APPLICABILITY IN THE SCOPE OF  
ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN GENERAL: ARBITRABILITY TO  
SOLVE CONFLICTS WITH THE PUBLIC ADMINISTRATION*

*Raquel Mousinho de Moura Fé  
Procuradora de empresa pública federal  
Mestranda em Direito e Políticas Públicas (UniCEUB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução histórica do instituto da arbitragem no Brasil; 1.1 O instituto da arbitragem no Brasil; 1.2 A arbitrabilidade do Estado; 2 Da arbitrabilidade do Estado nos Contratos Administrativos; 2.1 Arbitrabilidade estatal subjetiva; 2.2 Arbitrabilidade estatal objetiva; 3 Conclusão; Referências

**RESUMO:** A temática da arbitrabilidade, objetiva e subjetiva, em questões que envolvam a Administração Pública é ainda controvertida na doutrina e jurisprudência pátrias. Neste artigo, rememoramos os marcos históricos que influenciaram e delinearão o instituto da arbitragem no Brasil. Evocamos as lições de Lainé e Pontes de Miranda, para bem compreender a controvérsia que gira em torno da sujeição do Estado à arbitragem. No que concerne aos precedentes jurisprudenciais, tratamos o tão famoso Caso Lage e o caso da extinta Cia de Navegação Lloyd brasileiro. Trazemos à tona a legislação pertinente, dando especial ênfase a Lei n. 9.307, de 23/9/1996, sem deixar de cuidar de outras normas relevantes. Então nos detemos ao cerne da discussão: se é ou não é cabível ao Estado convencionar cláusula de arbitragem / compromisso arbitral no seio dos contratos administrativos que celebra, de forma geral. Para tanto, sistematizamos a doutrina e legislação pátrias a respeito, para, então, analisarmos criticamente suas formulações teóricas, dispositivos e argumentos a favor e contra a arbitrabilidade estatal. Concluímos apontando a arbitragem como um dos meios de resolução dos conflitos surgidos nos contratos administrativos em geral, sempre que versarem sobre a parcela disponível dos direitos do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitrabilidade estatal. Conflitos. Contratos administrativos.

**ABSTRACT:** The issue of arbitrability, objective and subjective, in matters involving public administration is still disputed in the doctrine and jurisprudence in Brazil. In this article, we recall the historical landmarks that have influenced and outlined the concept of arbitration in this country. We also recall the lessons of Lainé and Pontes de Miranda in order to understand the controversy about the subject. In regard to precedents, we write about the famous case Lage and that other about the former CIA Navigation Brazilian Lloyd. Then we bring the legislation, with particular emphasis on the Law n. 9307 of 09.23.1996, while taking care of other relevant standards. So we stop at the core of the discussion: whether it is appropriate to the State have an arbitration clause in its administrative contracts. For this purpose, we got together doctrine and legislation regarding homelands, to afterwards critically analyze their theoretical formulations, devices, and viewpoints for and against state arbitrability. We conclude that the State may solve its disputes (arised in all government contracts) by using arbitration if they deal with the available state rights.

**KEYWORDS:** Arbitrability. Conflicts. Administrative Contracts.

## INTRODUÇÃO

A arbitragem é uma técnica de resolução de conflitos que se ultima com a decisão por uma ou mais pessoas escolhidas pelas partes contratantes sobre convenção privada e cuja determinação, conquanto tenha a mesma eficácia de uma sentença judicial, não sofre qualquer intervenção estatal. Por meio da convenção de arbitragem, um contrato de direito privado, estipulam-se os efeitos processuais *inter partes* e firma-se o compromisso de não levar ao Judiciário o conhecimento da causa.

Se amplamente difundida no meio privado, continua a dúvida sobre se a arbitragem é meio hábil à composição de controvérsias que envolvam o Estado. É este artigo elaborado com o fito de contribuir para as reflexões sobre o tema específico da arbitrabilidade estatal.

De maneira a alcançarmos o nosso objetivo, inicialmente trataremos da evolução histórica<sup>1</sup> do instituto da arbitragem no Brasil, buscando entender como, ao longo da história brasileira, tem a doutrina, legislação e jurisprudências pátrias organizado o assunto. Decompomos, então, em duas partes este primeiro trecho do estudo, para, na primeira, relatar sobre o instituto de uma forma geral e, na segunda, tratar mais especificamente das formulações que relacionam Estado e arbitragem.

Em seguida, nos deteremos no ponto-central deste artigo: pode ou não o Estado submeter suas causas à juízo arbitral? As incursões teóricas, muito mais de fundo bibliográfico e legislativo e menos jurisprudencial, serão formuladas em dois segmentos: no primeiro, falaremos da arbitrabilidade estatal subjetiva para, no segundo, nos atermos à objetiva.

Assim, esperamos, ao final, sem nos esquivar de tomar partido, ter trazido à tona todo o debate em torno da possibilidade de o Estado convencionar a arbitragem em seus contratos administrativos, tema tão importante e atual do Direito Administrativo.

## 1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Para bem conhecer o objeto de estudo sugerido neste artigo, é imprescindível rememorar os principais marcos da história que delinearão o próprio instituto da arbitragem no Brasil.

<sup>1</sup> E aqui preferiríamos o termo “historicidade” e, não, “evolução histórica”, mas é o que se usa de praxe no meio jurídico.

## 1.1 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Conforme ensinamentos do professor Eros Roberto Grau, o instituto da arbitragem é herança dos gregos e romanos e sua história se mescla com o nascimento da própria jurisdição e só se separam, irremediavelmente, quando da organização do Estado e sistematização do direito<sup>2</sup>.

No Brasil, segundo nos conta Mauro Roberto Gomes de Mattos, as Ordenações Portuguesas (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) já previam a arbitragem para composição de conflitos e vigeu regularmente no Brasil<sup>3</sup>. Depois, em 1850, editou-se o Código Comercial brasileiro, que, em seu artigo 294, regulamentado pelo art. 411 do Regulamento 737/1850, exigia o juízo arbitral para a solução de causas comerciais<sup>4</sup>.

Apesar da grande desenvoltura do instituto, sobreveio em 14/9/1866 a Lei nº 1.350, que revogou os artigos supracitados e suprimiu a possibilidade de solução de conflitos por arbitragem no Brasil, a não ser quando se tratasse de direito internacional, especialmente nos contratos de navegação – daí também que nosso país aderiu ao Protocolo de Genebra de 1923, incorporado ao direito interno por força do Decreto nº 21.187, de 22/3/1932.

A propósito, no campo do direito internacional, o Brasil faz parte inclusive da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada no Panamá em 1975, ratificada e promulgada em 10/5/1996, subscreveu em 2002 a Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (a chamada Convenção de Nova Iorque, de 1958) e é signatário do Protocolo de Brasília, que estabelece a arbitragem como meio de composição de conflitos no âmbito do Mercosul (cap. IV, art. 8º).

E o ex-vice-presidente da República, Marco Maciel, em palestra proferida por ocasião da comemoração dos 13 anos da Lei de Arbitragem, trouxe à memória que também foi utilizado de arbitragem para delimitar os limites fronteiriços entre o Brasil e a Guiana Inglesa, quando era

---

2 GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 5, no 18, out./dez.2002, p. 396.

3 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, no 223, jan./mar.2001, p. 115-131.

4 Ele previa a arbitragem obrigatória para causas de natureza tipicamente comercial. Remetemos o leitor à nota no 22.

Ministro de Relações Exteriores o Barão do Rio Branco e advogado do governo brasileiro Joaquim Nabuco<sup>5</sup>.

## 1.2 A ARBITRABILIDADE DO ESTADO

Especificamente quanto à arbitrabilidade estatal, é oportuno rememorar os marcos de interpretação que delineamos ao longo da nossa história sobre arbitrabilidade relacionada ao Estado brasileiro.

Primeiramente, tem-se notícia de que, sob influência de Lainé, Pontes de Miranda teria sido quem primeiro teorizou a respeito entre nós, sustentando, no início do século XX, a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, “considerando-a como uma alternativa nova que importaria na renúncia à processualidade estatal”<sup>6</sup>.

E a questão da admissibilidade da arbitragem pelo Estado há longa data também é alvo de reflexão e teorização pelas principais cortes brasileiras há muito tempo.

A Suprema Corte, por exemplo, em histórico julgamento ao qual se costuma designar simplesmente de “Caso Lage” (Agravo de Instrumento nº 52.181, julgado em 14/11/73), decidiu nessa longa demanda judicial que envolvia a União e os herdeiros de Henrique Lage – estes reivindicando o direito a receber indenizações decorrentes do torpedeamento de navios durante a Segunda Guerra Mundial, que integravam o acervo incorporado ao Patrimônio Nacional – que:

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 pessoa ‘sui generis’, pode prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insusceptíveis de transação.

Esta decisão confirma a tradição doutrinária brasileira, existente desde os tempos do império, em aceitar a arbitragem nas causas da Fazenda, na linha dos autorizados pronunciamentos de Lafayette, do Visconde de Ouro Preto e do Conselheiro Silva Costa, bem como a impossibilidade de proibição do uso do juízo arbitral nessas causas, o que significaria a restrição à autonomia contratual do Estado.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, com poucos anos de existência, foi logo instado a se manifestar a respeito do tema no caso da

5 Diga-se logo que ele foi autor do projeto de lei que culminou na edição da Lei nº 9.307/96 (MACIEL, Marco. Treze anos da Lei da Arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 6, n. 23, out./dez.2009, p. 9-18).

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo* (“Arbitragem nos contratos administrativos”). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 221-235.

extinta Cia de Navegação Lloyd brasileiro, em 1990, no Recurso Especial nº 616, cuja ementa transcrevemos a seguir:

CLAUSULA DE ARBITRAGEM EM CONTRATO INTERNACIONAL. REGRAS DO PROTOCOLO DE GENÉBRA DE 1923.

1. Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é a apta a instituir o juízo arbitral.
2. Esses contratos tem por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submete, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, a decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos a regra do art. 244, do CPC, se a finalidade for atingida.
3. Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria. (Rel.p.acórdão Min. Gueiros Leite, Terceira Turma, j. em 24/4/1990, DJ de 13/8/1990)

Esses dois foram os primeiros precedentes a partir dos quais se entendeu ser o Estado “capaz” de convencionar arbitragem em contrato de cunho “administrativo”.

Foi, no entanto, no campo normativo que se pôde perceber a maior discussão sobre o tema.

No plano constitucional, nem a Constituição de 1937, nem a de 1967/1969 vedavam a instituição de juízo arbitral, que não violava o princípio da competência do Poder Judiciário<sup>7</sup>

Com a promulgação da Constituição da República em 1988, que trouxe consigo a Constitucionalização do Direito Administrativo e, poucos anos mais tarde, a Reforma Administrativa implementada pela Emenda Constitucional nº 19/98, a Administração incorporou os princípios da eficiência e da consensualidade<sup>8</sup>.

Por outro lado, no campo infraconstitucional, cronologicamente, vieram o Decreto-Lei nº 960/1938, que vetou a arbitragem no caso de dívidas fiscais, o Decreto-Lei nº 1.312/1974, surgido um ano após a decisão histórica do STF no “Caso Lage” e que, em seu art. 11, autorizava o Tesouro Nacional a firmar contratos internacionais com cláusula

7 TÁCITO, Caio. *O juízo arbitral em direito administrativo*. In: Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTR, 2002, p. 23-28.

8 Adiantamos que, no nosso ponto de vista, a consensualidade pressupõe a arbitragem inclusive.

arbitral<sup>9</sup> e as Leis estaduais do Rio de Janeiro (nº 1.481, de 21/6/89, art. 5º, parágrafo 2º) e de São Paulo (nº 7.835, de 8/5/82, art. 8º, XXI), prevendo a arbitragem como instrumento de solução consensual de controvérsias nesses estados.

O debate doutrinário mais acalorado se deu especialmente após a sucessiva edição de leis<sup>10</sup> confundindo os estudiosos quanto à arbitrabilidade desde o ano de 1986. São elas o Decreto-Lei nº 2.300/1986, o Decreto-Lei nº 2.348/1987 (que alterou aquele), a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 8.987/1995, que previu expressamente em seu artigo 23, inciso XV, a possibilidade de arbitragem para compor questões relacionadas aos contratos de concessão que viessem a celebrados pelos entes públicos.

Por fim, coroando definitivamente o juízo arbitral, é que, em 23 de setembro de 1996, promulgou-se a Lei nº 9.307. Esta firmou em definitivo que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (seu art. 1º) e, reafirmada sua constitucionalidade pelo Egrégio STF em 2001<sup>11</sup>, resta apenas confirmar se suas disposições são aplicáveis aos contratos administrativos.

## **2 DA ARBITRABILIDADE DO ESTADO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Divide-se a arbitrabilidade em subjetiva e objetiva. A primeira determina quem pode se submeter ao juízo arbitral, enquanto a segunda relaciona-se ao objeto da controvérsia, estabelecendo quais matérias podem ser resolvidas por meio do instituto.

### **2.1 ARBITRABILIDADE ESTATAL SUBJETIVA**

Quanto à arbitrabilidade subjetiva, a legislação brasileira sempre foi no sentido de que as pessoas capazes podem se valer da arbitragem e que esta era vinculada à transação, de maneira que apenas as pessoas

---

9 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.

10 Aqui usamos o termo “lei” no sentido amplo.

11 A decisão se deu no bojo do julgamento de recurso em processo de homologação da SE no 5.206. A constitucionalidade da Lei de Arbitragem foi consolidada por 7 votos a 4.

que têm poderes para transigir poderiam celebrar compromisso arbitral / cláusula compromissória<sup>12</sup>.

O Decreto-Lei nº 2.300/1986, que disciplinava as licitações e contratos na Administração, previa, no parágrafo único do art. 45, a obrigatoriedade de cláusula que declarasse competente o foro do Distrito Federal para dirimir controvérsias vedando expressamente a arbitragem<sup>13</sup>.

No entanto, menos de um ano após o início de sua vigência, foi promulgado o Decreto-Lei nº 2.348 de 1987, que alterou vários artigos do Decreto-Lei nº 2.300/86, dentre eles o citado parágrafo único do art. 45, possibilitando, assim, a utilização da arbitragem em algumas hipóteses de licitação internacional.<sup>14</sup>

Observa-se que o dispositivo ainda não se apresentava satisfatório, uma vez que previa a obrigatoriedade de previsão do foro do DF apenas para os contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior, deixando de abranger as pessoas domiciliadas no País.

Em 1993, com a superveniência da Lei nº 8.666, o Decreto-Lei nº 2.300/86 foi revogado, passando a reger as licitações e contratos da

---

12 Nesse sentido, o Decreto no 3.900/1867, em seu art. 4º, determinava que “podem fazer compromisso todos os que podem transigir”. A mesma regra estava contida no art. 414 do Regulamento nº 737/1850. Já o Código Comercial de 1850 não dispunha expressamente sobre a arbitrabilidade subjetiva. Mas o Código Civil de 1916, no art. 1.037, estabelecia que “as pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais”. Finalmente, o Código de Processo Civil de 1973 estabeleceu, no art. 1.072, que “as pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação”. Hoje a Lei no 9.307/1996, “Lei da Arbitragem”, seguiu a mesma linha, prevendo em seu art. 1º, repita-se, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Em consonância com essa lei especial, o atual Código Civil dispõe em seu art. 851, a saber, que “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

13 “Art.45[...]. Parágrafo único: Nos contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir, qualquer questão contratual, vedada a instituição de juízo arbitral.” (grifos nossos)

14 “Art. 45 [...]. Parágrafo único: Nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no §13º do art. 25, permitido nesse caso o juízo arbitral” (grifos nossos). E a redação do § 13º do art. 25 era a seguinte: “O disposto no § 2º do art. 3º, no § 10º do art. 25, no § 1º do art. 26 e no parágrafo único do art. 45, não se aplica às concorrências internacionais, para a aquisição de bens ou serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo internacional, de que o Brasil faça parte, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Presidente da República.”

Administração Pública direta, indireta e entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Distrito-Federal, Estados e Municípios (art 1º).

Todavia, no que tange à possibilidade de solução de controvérsias pela via arbitral, a Lei nº 8.666/93 trouxe regra imprecisa e lacunosa, o que acabou por gerar incerteza, até os dias de hoje, sobre a possibilidade de uso do instituto pela Administração Pública.<sup>15</sup>

Sem dúvida, a regra geral era a proibição de escolha de foro estrangeiro, estendendo, também, a obrigatoriedade do foro da sede da Administração aos contratos celebrados com pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no Brasil, diferentemente do Decreto-Lei nº 2300/86.

A imprecisão da Lei nº 8.666/93 residiu na retirada da menção expressa ao juízo arbitral para algumas hipóteses de licitação internacional. Essa omissão levou a dúvidas que, para fins didáticos, organizamos em três correntes basicamente:

A 1ª corrente seria a daqueles que entendiam não mais ser possível submeter o Estado a juízo arbitral; a 2ª corrente, a dos que pensavam ser possível a arbitrabilidade estatal desde que houvesse lei expressa a autorizando; e a 3ª corrente, aquela dos estudiosos que vislumbravam a possibilidade da arbitragem ser convencionada pelo Estado em seus contratos, haja vista os princípios da eficiência e consensualidade insertos na Constituição Federal de 1988 por força da EC nº 19/1998.

A matéria continuou, no entanto, sendo alvo de elaboração e “aperfeiçoamento” pelo legislador ordinário e, com o advento da Lei nº 8.987/95, “Lei de Concessão de Serviços Públicos”, mais uma vez admitiu-se a arbitragem pelo Estado no seu art. 23, inciso XV, do qual se extrai: “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...] XV – ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.”

Dessa feita, a maior parte da doutrina passou a entender que tal dispositivo autorizou o uso da arbitragem nos contratos de concessão e permissão de serviços públicos, mesmo não tendo explicitamente

---

15 “Art. 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 § 6º do art. 32 desta Lei”. E a redação do § 6º do art. 32: “O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 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 internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem aos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e 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.” E mais nada.

utilizado o termo “arbitragem”<sup>16</sup>, o que só veio a acontecer anos mais tarde, com a inclusão do art. 23-A, determinação da Lei nº 11.196/2005:

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

Assim, novamente polarizou-se a doutrina pátria, subdividindo-se em duas correntes principais: a dos que criam só ser possível a arbitragem nos contratos de concessão, tal como autorizado no art. 23, XV, da Lei nº 8.987/95 (em em casos que tais, como o da Lei nº 9.472/1997, “Lei da Anatel”, o da Lei nº 9.478/1997, “Lei da ANP”, o da Lei nº 11.079/2004, “Lei das PPPs”, o da Lei nº 11.668/2008, “Lei da franquia postal” etc.)<sup>17</sup>, tendo em vista o princípio da legalidade; e, em lado oposto, os que defendiam que o art. 23, inciso XV, da Lei nº 8.987/1995 se constituía permissão genérica para o manejo da arbitragem nos contratos administrativos em geral<sup>18</sup>.

16 Diogo de Figueiredo Moreira Neto esclarece: “Ora, como só há três modos de solucionar amigavelmente controvérsias contratuais: pela mediação, pela conciliação e pela arbitragem, não resta a menor dúvida de que o legislador brasileiro a previu expressamente, embora sem explicitar como uma das modalidades que devem ser necessariamente adotadas” (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. “Arbitragem nos Contratos Administrativos”. *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 285). E, no mesmo sentido, foi o ensinamento de Claudio Vianna de Lima: “Estes modos são a mediação, a conciliação e a arbitragem. Na verdade são formas que se filiam, ao mesmo fundamento do princípio da autonomia da vontade. As partes em divergência confiam a pessoas estranhas ao conflito que as separa, a sua composição” (LIMA, Cláudio Vianna de. “A Lei de Arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões”. *Revista de Direito Administrativo*, 209/91-104, Rio de Janeiro, p. 101-102).

17 Como o professor Luis Roberto Barroso.

18 Esta encabeçada por Caio Tácito e Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Para aquele: “A questão do cabimento do juízo arbitral, em matéria pertinente a contratos administrativos, assumiu aspecto novo como advento da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre concessões e permissões de serviços e obras públicas. [...] A partir do exposto critério quanto aos contratos de concessão, cujo modelo federal se transmite como norma geral aos planos estadual e municipal, a doutrina passou a reconhecer o ingresso do arbitramento em matéria administrativa” (TÁCITO, Caio. “O Juízo Arbitral em Direito Administrativo”. *Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam ao Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. Martins, Pedro A. Batista e Gargez, José Maria Rossani (orgs.), São Paulo: LTr, 2002, p. 26). Para Diogo Moreira Neto: “Mas, se qualquer dúvida pudesse ainda pairar sobre este acerto, o advento da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispoendo sobre os contratos de concessão e permissão de serviços públicos, que são irretrocavelmente contratos administrativos típicos, e que, por este motivo, destinam-se a satisfazer diretamente interesses públicos indisponíveis, extingue a controvérsia. Com efeito, entre as cláusulas essenciais dessas modalidades contratuais, com alta densidade de interesse público, ficou prevista a que deve dispor especificamente sobre o foro e sobre o modo amigável de solução das divergências contratuais”

Pedindo vênia à primeira corrente, sem querer adentrar na discussão sobre a distinção entre o princípio da legalidade e o princípio da juridicidade, nos filiamos à segunda corrente, entendendo ampliativamente o princípio da legalidade, o que redundaria em dizer que, ao nosso ver, é legal a conduta extraída do ordenamento jurídico como um todo.

Daí, é bem verdade que a Lei nº 9.307/96 não menciona expressamente o Estado como ente capaz de se submeter à arbitragem, mas cremos que assim não o fez porque a “Lei da Arbitragem” pertence à esfera do direito privado.

Ocorre que as disposições do direito privado podem ser aplicadas supletivamente aos contratos administrativos, sob a dicção do art. 54 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 54. *Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.* (grifos nossos)

Essa formulação não é nossa mas de professores expoentes do nosso direito brasileiro, como Adilson de Abreu Dallari<sup>19</sup> e Arnold Wald<sup>20</sup>, além de outros<sup>21</sup>.

Saliente-se, ainda, haver ensinamento no sentido de que a própria Lei de Licitações, ao prever no seu art. 72, II, a rescisão amigável do contrato por acordo entre as partes, já tendia à adoção do arbitramento estatal e de que só havendo lei que negasse expressamente autorização ao Estado para convencionar a arbitragem é que esta possibilidade seria de todo extirpada, como ocorrido no Decreto-Lei nº 960/1938.<sup>22</sup>

---

(NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. “Arbitragem nos Contratos Administrativos”. *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 285).

19 “efetivamente já havia naquela ocasião fundamento legal para a arbitragem, embora não explícito. [...] Isso significa que poder-se-ia ter aplicado, supletivamente e no que coubesse, o disposto nos arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil (que trata do compromisso, ao dispor sobre o Direito das Obrigações), e nos arts. 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil (que cuida do Juízo Arbitral)” (DALLARI, Adilson Abreu. “Arbitragem na Concessão de Serviço Público”. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 32, n. 128/63-67, 1995, p. 65).

20 Para quem “No Brasil, permitiu-se que o Estado e suas agências celebrassem convenção de arbitragem em casos específicos. Assim, têm-se a Lei nº 8.666/1993 - Lei de Licitações - art. 54.”

21 Como Mauro Roberto Gomes de Mattos *Contrato Administrativo e a Lei de Arbitragem*. *Revista de Direito Administrativo*, 223/115-131, p.124-125.

22 LEMES, Selma Ferreira. “Uso da Arbitragem na Administração Pública”. *Valor econômico*. Rio de Janeiro, 19/08/2003.

## 2.2 ARBITRABILIDADE ESTATAL OBJETIVA

No que diz respeito à arbitrabilidade objetiva, ela sempre esteve restrita às questões passíveis de transação, quer dizer, àquelas referentes a direitos patrimoniais disponíveis<sup>23</sup>.

É por isso que a discussão acerca da arbitrabilidade objetiva do Estado centra-se na natureza dos direitos envolvidos, se disponíveis ou indisponíveis.

Lúcia Valle Figueiredo é firme na sua argumentação de que não é possível instituir juízo arbitral no seio de contratos administrativos, por dois motivos. A uma, porque o interesse público é indisponível; a duas, porque o fato de não caber recurso ao Judiciário da sentença proferida em sede arbitral feriria o princípio da inafastabilidade da jurisdição.<sup>24</sup>

Diversamente é o pensamento de Carlos DelPiazzo, para quem pactuar cláusula compromissória não significa contrariar o interesse público quando o ordenamento, implícita ou explicitamente, atribui competência a uma entidade pública para firmar tal compromisso.<sup>25</sup>

Outrossim, Diogo Moreira Neto, também adepto da corrente que pensa ser possível ao Estado firmar a arbitragem, se utiliza da distinção entre interesse público primário e secundário, para formular que, quanto

---

23 O Código Comercial não dispunha expressamente sobre a arbitrabilidade objetiva, mas, como se sabe, previa a arbitragem obrigatória para causas de natureza tipicamente comercial, quais sejam, os contratos de locação mercantil (art. 245), matéria societária (art. 294), casos de naufrágios (art. 739), avarias (art. 783) e quebras (art. 846). O Código Civil de 1916 também não apresentava regra expressa, prevendo apenas que ao compromisso se aplicaria, quanto possível, o disposto acerca da transação (art. 1.048). Em relação à transação, o art. 1.035 estabelecia que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. O art. 1.072 do Código de Processo Civil restringia a possibilidade de celebração de compromisso a pendências judiciais e extrajudiciais de qualquer valor, relacionadas a direitos patrimoniais sobre os quais admitisse a lei transação. O CPC, ainda, continha previsão expressa sobre a incompetência do árbitro para decidir sobre questões relativas a direitos sobre os quais a lei não admite transação (art. 1.094). A Lei no 9.307/96, da mesma forma, restringiu o âmbito de aplicação da arbitragem a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º) e, quanto aos indisponíveis, dispõe expressamente que “sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral” (art. 25).

24 No mesmo sentido são Sidney Bittencourt (“a cláusula de arbitragem nos contratos administrativos”. *Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*. Rio de Janeiro, n. 9, set.2000, p. 5-12), Suzana Domingues Medeiros (“Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 233, p. 71-101) e Luís Roberto Barroso (“Sociedade de economia mista prestadora de serviço público: cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez”. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e de Arbitragem*. São Paulo, n. 19, p. 429).

25 DELPIAZZO, Carlos E. “El arbitraje en la contratación administrativa en el ámbito del Mercosur”. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 4, Curitiba, 2000, p. 38.

àquele primeiro, é perfeitamente possível a aplicação do instituto em comento.<sup>26</sup>

E o ilustre professor distingue inclusive as órbitas, interna e externa, de solução de conflitos envolvendo o Estado, ao que conclui que, na órbita externa, estamos jungidos ao que preconiza o art. 4º, inciso VII, da Constituição Federal, que aponta o emprego das vias pacíficas (consensuais), para dirimir conflitos em que sejam parte a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais. Nessas hipóteses, o Estado não está apenas autorizado, mas obrigado constitucionalmente a esgotar as soluções de consenso, mesmo que envolvendo direitos indisponíveis.<sup>27</sup>

O autor prossegue o raciocínio sustentando que, se a arbitragem é expressamente permitida na órbita externa, não há porque haver impedimento para que o Estado a utilize na órbita interna. Toda a questão do cabimento da arbitragem na órbita interna se reduziria à definição do campo contratual em que a Administração negocia e estatui como qualquer particular, excluídas, portanto, quaisquer cláusulas em que seja prevista a satisfação de um interesse finalístico da sociedade, cometido ao Estado, este sim, indisponível.<sup>28</sup>

Logo, no tocante à arbitrabilidade objetiva estatal, colhem-se os seguintes posicionamentos da doutrina:

- 1) o primeiro, esposado por Lúcia Valle Figueiredo, Sidney Bittencourt, Suzana Domingues Medeiros, Luis Roberto Barroso, dentre outros, que afirma que a Administração Pública não pode transigir com o interesse público e, por conseguinte, estaria impedida de firmar compromisso arbitral/ cláusula compromissória;
- 2) o segundo, defendido especialmente por Carlos Delpiazzo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Caio Tácito<sup>29</sup>, Pedro

---

26 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. Mutações do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 286.

27 Idem, p. 282-283.

28 Idem, p. 283-284.

29 TÁCITO, Caio. *O Júízo Arbitral em Direito Administrativo*. Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam ao Desembargador Cláudio Vianna de Lima. Martins, Pedro A. Batista e Gargez, José Maria Rossani (orgs.), São Paulo: LTr, 2002, p. 27.

Batista Martins<sup>30</sup>, Rafael Bielsa<sup>31</sup> e Carlos Alberto Carmona<sup>32</sup>, para quem se admite a submissão da Administração ao juízo arbitral nas hipóteses em que pratique atos de gestão, sempre que operacionalizar interesses primários hábeis a ser quantificados, e, portanto, que tenham expressão patrimonial.

### 3 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como escopo remontar à origem do instituto da arbitragem no Brasil para, contextualizando-o ao atual estágio da normativa ao seu respeito, julgar sobre se é ou não possível ao Estado estipular convenção de arbitragem no seio de contrato administrativo, ao que concluímos:

- a) em analisando a historicidade do instituto da arbitragem no Brasil, vê-se, mais que nunca, que há diversas leis prevendo a submissão do Estado à juízo arbitral, como que inserindo na Administração Pública uma visão negocial antes não aceita. Ao que nos parece, inicialmente eram absolutas as regras proibitivas, que, principalmente a partir da década de 80 do século passado, foram sendo mitigadas e hoje temos forte tendência a ampliar o âmbito de aplicabilidade de soluções amigáveis (consensuais) de conflito, como o é a arbitragem, inclusive para alcançar o ente estatal;
- b) quanto à sua arbitrabilidade estatal:
  - b.1) a autorização ampla e genérica do art. 1º da Lei nº 9.307/96, que possibilita a “pessoas capazes de contratar” convencionar a cláusula de arbitragem, não exclui de seu alcance o Estado, que, como outras pessoas jurídicas, pode validamente assumir obrigações de natureza bilateral, sempre que o ordenamento não veicular vedação e respeitado o interesse público;

---

30 MARTINS, Pedro Batista. O Poder Judiciário e a Arbitragem: Quatro Anos da Lei n. 9.307/1996 (3ª parte). *Revista Forense*, 359-165, p. 27.

31 BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Publico*, v. III, Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 21-45.

32 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9307/1996*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 51.

- b.2) como também admite parte da doutrina, a utilização da arbitragem pela Administração Pública pode ser convencionada desde que os direitos envolvidos sejam disponíveis, pois há casos, sim, em que eles se restringem à esfera negociável do Estado.
- c) por fim, transcrevemos as palavras de Themístocles Cavalcanti:

*Parece-me que a Administração Pública realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário ou prolongando o processo administrativo, com diligências intermináveis, sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo.*<sup>33</sup> (grifos nossos)

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público: cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e de Arbitragem*. São Paulo, n. 19.

BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Publico*. v. III, Buenos Aires: Depalma, 1949.

BITTENCOURT, Sidney. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 233, p. 71-101.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9307/1996*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na Concessão de Serviço Público. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 32, n. 128/63-67, 1995.

DELPIAZZO, Carlos E. El arbitraje en la contratación administrativa en el ámbito del Mercosur. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. n. 4, Curitiba, 2000.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón e GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. 9. ed., Madrid: Civitas, v. 1, 1999.

<sup>33</sup> CAVALCANTI, Themistocles, RDA 45:517, apud GRAU, Eros Roberto. "Arbitragem e contrato administrativo". *Revista Trimestral de Direito Público*. V. 32, 2000, p. 15.

GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. ano 5, n. 18, out./dez.2002, p. 395-405.

LEMES, Selma Ferreira. Uso da Arbitragem na Administração Pública. *Valor econômico*. Rio de Janeiro, 2003.

LIMA, Cláudio Vianna de. A Lei de Arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 209.

MACIEL, Marco. *Treze anos da Lei da Arbitragem*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. ano 6, n. 23, out./dez.2009, p. 9-18.

MARTINS, Pedro Batista. O Poder Judiciário e a Arbitragem: Quatro Anos da Lei n. 9.307/1996 (3ª parte). *Revista Forense*, n. 359/165.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, n. 223, jan./mar.2001, p. 115-131.

MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 233, p. 71-101.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos contratos administrativos. Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 221-235.

TÁCITO, Caio. *O juízo arbitral em direito administrativo*. Reflexões sobre arbitragem: *in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTR, 2002, p. 23-28.



Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional  
SIG, Quadra 6, Lote 800  
70610-460, Brasília – DF  
Tiragem: 4.000 exemplares