
APONTAMENTOS SOBRE ARBITRABILIDADE DE LITÍGIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL E CONTRAPONTO COM OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

*NOTES ON PUBLIC ADMINISTRATION'S LAWSUITS ARBITRABILITY
IN BRAZIL AND THE UNITED STATES OF AMERICA'S SYSTEM AS A
COUNTERPOINT*

*Sônia de Almendra Freitas Portella Nunes
Procuradora da Fazenda Nacional*

*Coordenadora-Geral de Operações Financeiras da União
Especialista em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getúlio Vargas*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Arbitragem no Mundo; 2 Arbitragem no Brasil; 2.1 Fenômeno Marcado por Vanguardismo e Desconfiança; 2.2 Arbitrabilidade de Causas da Administração – Experiência Brasileira; 2.3 Legislação e Doutrina Atuais; 2.4 Arbitrabilidade de Causas da Administração e Poder Judiciário; 2.5 Atuação do Tribunal de Contas da União; 2.6 Arbitrabilidade de Causas da Administração e o Princípio de Legalidade; 3 Arbitragem nos Eua; 3.1 Cultura Arbitral nos Eua; 3.2 Arbitrabilidade dos Litígios nos Eua; 3.3 Administração Pública e Arbitragem nos Eua; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a arbitrabilidade de litígios da Administração Pública no Brasil, estabelecendo contraponto com o Direito dos Estados Unidos da América. Ao investigar a visão prevalente da doutrina especializada quanto aos aspectos jurídicos da arbitragem na Administração Pública, os pronunciamentos judiciais emblemáticos e a posição exibida pelo Tribunal de Contas da União, busca-se demonstrar que a Lei de Arbitragem autoriza o uso do instituto pela Administração nas causas em que o Estado atua no âmbito do Direito Privado, carecendo, todavia, de maior amadurecimento jurisprudencial de modo a ensejar difusão de seu uso. Relativamente à arbitragem nos EUA, busca-se historiar brevemente a relevância do instituto na cultura jurídica daquele país e comentar o exame da arbitrabilidade das causas por meio do conceito de *ordem pública*.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Arbitrabilidade. Administração Pública. Princípio da Legalidade. Direito Público. Direito Privado. Contrato Administrativo. Estados Unidos da América.

ABSTRACT: The present article aims to analyse the arbitrability of the Public Administration's lawsuits establishing counterpoint with the United States of America's system. While investigating the specialized doctrine rationale regarding the legal aspects of the public administration's arbitrability, the emblematic judicial decisions and the Tribunal de Contas da União's pronouncements, the intent is to demonstrate that the Law of Arbitration authorizes the use of the mechanism by the public administration whenever the state acts in private law context. It points out, however, that there's a lack of judicial maturity that disturbs a major diffusion of its use. Regarding arbitration in USA, it is provided a short account of the mechanism's relevance in the legal culture of the country and comments about the arbitrability exam of the general cases through the concept of public order.

KEYWORDS: Arbitration. Arbitrability. Public Administration. Principle of the Legality. Public Law. Private Law. Administrative Contract. United States of America.

Minha vontade e instruções expressas são de que todos os litígios (se infelizmente surgirem) deverão ser resolvidos por três homens inteligentes e imparciais, conhecidos por sua probidade e sensatez; dois a serem escolhidos pelos litigantes – cada um deles podendo escolher um – e, o terceiro, pelos dois antes escolhidos. E que esses três homens assim escolhidos, não tolhidos pela lei ou interpretações legais, declarem seu entendimento quanto às intenções do testador; e tal decisão será, por todos os propósitos e conseqüências, *tão obrigatória como se fora dada pela Suprema Corte dos Estados Unidos*.¹ (Extraído do testamento de George Washington, datado de 9 de julho de 1799). (Grifei)

INTRODUÇÃO

Arbitragem e Administração Pública são conceitos jurídicos ainda vistos como inconciliáveis por parte significativa dos advogados do setor público, a principal razão parecendo residir na resistência à absorção do aspecto privatístico da atuação do Estado. E a despeito do grande salto do instituto em termos normativos e de ampliação do seu uso, é fato que remanescem grandes incertezas quanto aos limites da arbitrabilidade dos litígios da Administração vis-à-vis o princípio de legalidade da administração pública (art. 37 da Constituição) e a variabilidade conceitual, encontrável na doutrina e na jurisprudência, quanto a *bens disponíveis, indisponibilidade de bem público, contrato administrativo e jurisdição*.

O que aqui se pretende demonstrar é o quanto os juristas brasileiros vêm revelando visão e ousadia ao considerar não apenas que os litígios da Administração no âmbito de sua atuação *ius gestionis* compreenderiam direitos disponíveis, mas que não careceriam de autorização legal para serem submetidos a arbitragem, entendendo-se autorizado o procedimento pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, popularizada como *Lei de Arbitragem*. Embora julgados do STF e STJ embasem o entendimento segundo o qual a atuação da Administração envolveria, a par de seus objetivos finalísticos, atividades da esfera do

1 My Will and direction expressly is, that all disputes (if unhappily any should arise) shall be decided by three impartial and intelligent men, known for their probity and good understanding; two to be chosen by the disputants--each having the choice of one--and the third by those two. Which three men thus chosen, shall, unfettered by Law, or legal constructions, declare their sense of the Testators intention; and such decision is, to all intents and purposes to be as binding on the Parties as if it had been given in the Supreme Court of the United States. Citado em BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Netherland: Wolters Kluwer – Law and Business, 2009, p. 56-7.

Direito Privado, a envolver direitos disponíveis, restam frequentemente obscuros os limites dessa divisão de atuações de direito público e de direito privado do Estado, além de não ter sido enfrentado o aspecto da incidência do princípio de legalidade no que se refere à administração direta e em que casos ela se dá, ou não.

A postura da Administração tem sido, justificadamente, de grande cautela quanto ao uso do instituto, quase sempre buscando respaldo em autorização legal de forma a promover maior segurança jurídica e acautelar-se contra a desconfiança e pouca tolerância ao instituto tradicionalmente demonstradas pelo Tribunal de Contas da União.

Para desenvolver o argumento, julgo necessário apresentar, ainda que muito resumidamente, os ciclos de evolução do instituto na história do Brasil e, a partir do séc. XX, no campo do direito internacional, notadamente pela assinatura da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque), de 1958, e pela elaboração das regras da Comissão das Nações Unidas para Regras de Arbitragem de Direito Comercial Internacional (Regras da UNCITRAL), de 1976, seguida da lei-modelo da UNCITRAL, de 1985, todas iniciativas da Organização das Nações Unidas (ONU) de larguíssima adesão mundial. Em seguida, analisarei os fundamentos das posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema da arbitrabilidade da Administração Pública, culminando com a análise da arbitrabilidade em face do princípio de legalidade dos atos da Administração. Finalmente, esboçarei aqui o quadro normativo dos Estados Unidos da América (EUA) relativamente à utilização da arbitragem em geral e pelos entes públicos em particular, buscando contrastar nos dois exemplos a expressiva diferença cultural entre Brasil e EUA quanto ao apreço e utilização do instituto, para então oferecer a conclusão deste trabalho.

1 ARBITRAGEM NO MUNDO

Nos tempos atuais, em face da quase universalização das normas de arbitragem geradas no ambiente do Direito Internacional, há tendência mundial à adesão à tese segundo a qual o instituto constituiria um tipo de jurisdição complementar à jurisdição do estado. A harmonização de regras entre os países surgiu como resultado de pressões dos diversos setores econômicos atuantes em âmbito interno, notadamente o de comércio internacional, incentivado pela ação influente da Organização Mundial do Comércio (OMC). O concerto de forças internacionais interligadas, no ambiente de reconstrução de

pós-Segunda Guerra Mundial, resultou em ações da ONU de promoção de acordos internacionais disciplinadores do mecanismo de arbitragem que, paulatinamente, vieram a influenciar a edição ou reforma das legislações nacionais dos países, incutindo também nas atividades comerciais internas o apreço pelo instituto.

O esforço na busca de regras comuns a todas as nações, de forma a propiciar previsibilidade e estabilidade aos negócios, gerou uma série de acordos internacionais. O Protocolo de Genebra², celebrado já em 1923, estabeleceu, dentre outros, o avanço de proibir revisão judicial do mérito do laudo arbitral, no processo de reconhecimento judicial a ser realizado pelos países signatários do acordo, o Brasil dentre eles. Mas o ato internacional de maior relevância para a arbitragem no mundo, quer pela extensão das suas regras, quer pela abrangência de sua adesão – alcançando hoje cerca de cento e cinquenta países – é a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque), celebrada em 1958. Concluída sob os auspícios das Nações Unidas, cujo projeto posto para análise foi fruto de sugestão da Câmara de Comércio Internacional (CCI), com sede em Paris, trata-se do fator que mais contribuiu para o rápido incremento da arbitragem internacional no mundo. Vejamos o comentário de Arnold Wald e Selma Ferreira Lemes sobre o assunto, em prefácio conjunto de obra sobre estudos do referido ato internacional:

[...] Acresce que a vigência interna da Convenção de Nova Iorque transcende o aspecto jurídico para ingressar no econômico, pois estudos na área da Análise Econômica do Direito demonstram que o fato de um país ratificar a citada Convenção altera a percepção na qualidade das instituições jurídicas (Judiciário e Lei) e contribui para o incremento do fluxo comercial.³

Quanto aos benefícios normativos trazidos pela referida Convenção ao instituto, cite-se: a uniformização de conceitos básico;

2 O Protocolo de Genebra, promulgado pelo Decreto nº 21.187, de 22.3.32, dispõe: “Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, do compromisso ou cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por arbitragem por compromisso, a submeter, no todo ou em parte, as divergências que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato”;

3 WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem Comercial Internacional – A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraivam, 2011. p. 10.

equiparação do laudo arbitral a sentença judicial; e limitação das hipóteses de impugnação dos laudos.⁴

2. ARBITRAGEM NO BRASIL

2.1 HISTÓRIA MARCADA POR VANGUARDISMO E DESCONFIANÇA

Signatário do Protocolo de Genebra, de 1923, do Código Bustamante, de 1929, e da Convenção do Panamá, de 1975⁵. o Brasil, já se encontrava inserido no rol dos países que demonstravam aceitação à arbitragem em âmbito internacional, mas mostrava-se pouco afeito à sua prática. Foi apenas com a Lei de Arbitragem que o País fundou definitivamente os alicerces necessários à difusão do instituto, dissipando aspectos de insegurança jurídica existentes em razão de suas deficiências normativas. A mencionada lei optou por seguir a tendência mundial ao apropriar-se do modelo UNCITRAL, formulado em 1985 pelas Nações Unidas, além de disposições das Convenções de Nova Iorque e do Panamá, ambas firmadas pelo Brasil, mas apenas a segunda devidamente inoculada no ordenamento jurídico pátrio ao tempo da edição da Lei.⁶

Embora já se contasse no Brasil com normativa que assegurasse a possibilidade jurídica da utilização da arbitragem, para solucionar pendências judiciais ou extrajudiciais concernentes a direitos patrimoniais sobre os quais a lei admitisse transação, a disciplina jurídica existente no Código Civil e no Código de Processo Civil, a par de lacônica, não tratava da cláusula compromissória e obrigava a homologação judicial do laudo arbitral, não lhe conferindo, por conseguinte, status de decisão jurisdicional.

O caminho até a instituição da Lei de Arbitragem, todavia, foi longo e cercado de desconfianças, antecedido de pelo menos três projetos rumorosos que não receberam o devido apoio e seguimento no Congresso. Editada a lei, foi envolta sob suspeição dos que vislumbravam

4 Ver . WALD, Arnoldo. Opus cit. p. 84.

5 O Código Bustamante, promulgado pelo Decreto nº 18.871, de 13.8.29, dispôs sobre direito Internacional Privado entre países americanos e representou importante arsenal de regras para fins de arbitragem internacional; do Panamá, promulgada pelo Decreto nº 1.902, de 9.5.96 dispõe: "É válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter a decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil. O respectivo acordo constará do documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex."

6 A Convenção de Nova Iorque, considerada o mais importante ato internacional sobre arbitragem, embora assinada em 1958, foi referendada pelo Congresso Nacional apenas em 2002, mesmo ano de sua promulgação pelo Decreto nº 4.311.

inconstitucionalidade em alguns de seus dispositivos relativos ao compromisso arbitral, acusado de violar a garantia constitucional da universalidade da jurisdição estatal, expressa no art. 5º, inc. XXXV da Constituição ⁷. Em 2001, finalmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) deu fim à polêmica, por sete votos a quatro, assegurando aos contratantes o direito de, comprometendo-se com a arbitragem, afastar a jurisdição estatal para solucionar qualquer pendência que, resultante do contrato, envolva direito patrimonial.⁸

2.2 ARBITRABILIDADE DE CAUSAS DA ADMINISTRAÇÃO – EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A face mais conhecida do uso do método arbitral pelo Estado é aquela que diz com a sua utilização para resolução de conflitos com estados estrangeiros, no campo do direito público internacional, casos envolvendo, sobretudo, disputas de fronteiras, questões marítimas ou conflitos de natureza financeira.⁹ Dentre esses, vale lembrar o famoso litígio, instaurado pela França no Tribunal Internacional de Justiça, órgão das Nações Unidas sediado em Haia. A questão versou sobre a cláusula-ouro constante de títulos brasileiros em francos franceses, com decisão desfavorável ao Brasil exarada em 1929.¹⁰ A opção pela arbitragem com a finalidade de cessar litígio com outros países sempre foi considerada conforme o ordenamento jurídico do País, eis que em consonância com o primado da solução pacífica dos conflitos nas relações com os Estados estrangeiros.¹¹

Na mesma linha, os litígios enfrentados pelo Brasil, ao longo da sua história, concernentes a inadimplementos de dívidas representadas por títulos lançados no mercado externo, foram sempre resolvidas por

7 Art. 5º, inc. XXXV da Constituição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

8 Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206-8/247, de 2001, em que se concluiu pela constitucionalidade dos arts. 6º e 7º da Lei nº 9.307/96.

9 Segundo informação no sítio do Ministério de Relações Exteriores (WWW2.mre.gov.br/missões_paz/port/capitulo4.html), o Barão do Rio Branco teria assinado mais de trinta acordos de arbitragem.

10 Representando o interesse de investidores franceses, a França levou ao Tribunal de Haia questão contra o Estado brasileiro acerca da manutenção de cláusula-ouro no pagamento de títulos emitidos antes da 1ª Guerra Mundial, cujos valores fixados em francos tinham sofrido grande desvalorização. O Tribunal deu ganho de causa à França, obrigando o Brasil a manter o padrão ouro nos pagamentos de juros dos mencionados títulos.

11 Art. 4º, inc. VII da Constituição: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VII – solução pacífica dos conflitos.” Ver FILHO, Cláudio de Melo Valença. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 217.

canais diplomáticos, em relações bilaterais com os países do local de pagamento, instados pelos portadores de títulos a representar os seus interesses. Mas há também inúmeros casos, ocorridos antes e depois da época republicana, em que o Estado expressou opção pelo mecanismo arbitral em contratos com particulares, tanto em avenças tipicamente de direito administrativo - como casos de concessão - quanto em contratos de empréstimo internacional. Embora de naturezas muito distintas, ambos os contextos envolviam, de regra, relações jurídicas com pessoas estrangeiras que viam na arbitragem instrumento de maior segurança jurídica e eficiência de resultados.¹² A extraordinária relevância dos contratos de concessão (portos e estradas de ferro), como a imperiosidade da asseguuração de financiamento no mercado externo, oportunizava legislações e entendimentos jurídicos vanguardistas que restavam confinados às suas circunstâncias excepcionais¹³.

2.3 LEGISLAÇÃO E DOUTRINA ATUAIS

De fato, a despeito de o Brasil de hoje contar com feixe de normas jurídicas internacionalmente aceitas para regulamentar a arbitragem, além de um judiciário mais maduro e afeito às execuções de laudos arbitrais, com larga utilização de arbitragem pelas áreas de negócios privados, pouco mudou em termos de uso de mecanismo arbitral pela Administração.¹⁴ Hoje, como ontem, os regramentos permissivos de arbitragem pela Administração Pública são aqueles que tratam de

12 O Decreto nº 12.184, de 30 de agosto de 1916, instituiu o mecanismo arbitral para solucionar litígio com a Companhia *Port of Para* nos seguintes termos: Art. 1º [...] § 2º As duvidas e questões que se suscitarem entre o Governo e a companhia, relativas ao serviço desta, e as que disserem respeito à intelligencia das clausulas do contracto, serão definitivamente decididas por arbitros, um dos quaes nomeado pelo Governo, outro pela companhia, e um terceiro para desempenhar, previamente escolhido pelos dous, ou por elles sorteado, na falta de accôrdo entre dous outros nomes, respectivamente indicados pelas partes; ficando, porém, entendido que as questões previstas ou resolvidas em clausula deste contracto, como as de multa, rescisão e outras, não são comprehendidas neste paragrapho. (Grifo nosso)

13 Por pressão dos países credores, a comunidade de países devedores passou a aceitar a tese da Imunidade Relativa como resultado dos chamados *atos de comércio*, de forma a aceitar, além da arbitragem, a submissão à jurisdição do mutuante em empréstimos externos. O Brasil constituiu uma das poucas exceções onde se mantém a Imunidade Absoluta como regra geral.

14 A Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, instituiu a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, com a finalidade de resolver, em sede administrativa, controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União, além de dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação. A iniciativa carece ainda, contudo de normatização adequada e amadurecimento institucional

concessões de serviço público (art. 23, inciso XV, da Lei nº 8.897/95) e contratos de financiamento externo (art. 11 do Decreto-lei nº 1312). A previsão surge, ainda, no regramento relativo às parcerias público-privadas (art. 11, inc. III, da Lei 11.079/2007), no que segue a mesma lógica da concessão pública, em que a Administração precisa atrair empresários portentosos, nativos ou estrangeiros, assegurando-lhes as vantagens de procedimento jurisdicional célere, com isenção de nacionalidade e de cunho especializado.

Em vista da brevidade que cabe a um artigo, e por não considerar imprescindível para o tema em apreço, não explorarei aqui o conceito de “ordem pública”. Se de significância fundamental para fins de exame da arbitrabilidade no Direito dos EUA, a categoria jurídica mostra-se de grande relevância no Brasil para a finalidade de homologação de sentença arbitral em face de direito alienígena.¹⁵

A questão jurídica hoje posta quanto à arbitrabilidade dos litígios da Administração repousa principalmente na interpretação a ser dada ao art. 1º da Lei de Arbitragem, que dispõe, *in verbis*:

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

Juntos aqui, por conseguinte, o que a doutrina nomeia de componentes de natureza *subjetiva* e *objetiva* da arbitrabilidade.

Do componente subjetivo, extrai-se que todas as pessoas capazes de contratar podem ser partes em arbitragem. O conceito empresta, portanto, do direito civil o instituto da *capacidade*¹⁶ que, como se sabe, serve ao direito público na medida em que todas as pessoas jurídicas são também capazes de expressar sua capacidade por meios de atos jurídicos. Do ponto de vista subjetivo, por conseguinte, não há polêmica quanto à inclusão dos entes e entidades públicas entre os aptos à utilização do método arbitral, assim como encontram-se incluídas as pessoas jurídicas de direito privado. Selma Lemes ensina, a esse respeito, que, no passado, em vista de que o Código Civil de 1916 trazia referência oblíqua à transação ao tratar de arbitragem, intérpretes entenderam que a Fazenda estaria impedida de compromisso arbitral, já que não lhe era

15 No dizer de Clávio de Melo Valença Filho, “ordem pública não é categoria normativa, mas instrumento à disposição do juiz estatal para excluir do ordenamento jurídico norma estrangeira incompatível.” FILHO, Clávio de Melo Valença. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 125.

16 Lei nº 10.406, de 10.1.2002 (Código Civil): “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

dado transacionar. A autora transcreve, então, manifestação de Pontes de Miranda segundo a qual:¹⁷

Quem transige não se compromete; não se submete à decisão de alguém. Quem se compromete não transige, porque exige o julgamento sem nada conceder. Por isso mesmo poderes para transigir não envolvem poderes para assinar compromisso, nem poderes para assinar compromisso; nem poderes para assinar compromisso implicam os de transigir.

Mas embora ainda haja uma minoria entendendo que a Lei de Arbitragem não seria aplicável à Administração no seu componente subjetivo, o aspecto fulcral do debate quanto à arbitrabilidade da Administração reside no componente objetivo da lei, que introduz o conceito de *litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*.

A Lei de Arbitragem, seguindo o modelo UNCITRAL e da Convenção de Nova Iorque, não contempla previsão quanto a categorias de litígios não arbitráveis, deixando ao intérprete a análise sobre o aspecto da disponibilidade dos direitos em cada caso, tarefa difícil quando se trata de direitos da Administração Pública. A tendência da doutrina no Brasil e no exterior é no sentido de que a análise da arbitrabilidade de um litígio envolve em seu centro a investigação de seu aspecto patrimonial. Isso significa dizer que, mesmo nas causas trabalhistas, de direito de família, de direito penal, de direito concorrencial ou envolvendo contratos administrativos (áreas tradicionalmente consideradas, aqui e alhures, como não passíveis de solução arbitral), poderá haver direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, de possível submissão arbitral. É o que nos ensina Carlos Alberto Carmona, *in verbis*:

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. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família (em especial ao estado das pessoas, tais

17 LEMES, Selma Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 73.

como filiação, pátrio poder, casamento, alimentos), aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas de fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes.

Estas constatações não são suficientes, porém, para excluir de forma absoluta do âmbito da arbitragem toda e qualquer demanda que tanja o direito de família ou o direito penal, pois as conseqüências patrimoniais tanto num caso como noutro podem ser objeto de solução extrajudicial. Dizendo de outro modo, se é verdade que uma demanda que verse sobre o direito de prestar e receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o quantum da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isto torna arbitrável esta questão); da mesma forma, o fato caracterizador de conduta antijurídica típica deve ser apurado exclusivamente pelo Estado, sem prejuízo de as partes levarem à solução arbitral a responsabilidade civil decorrente de ato delituoso. É nesse sentido, portanto, que deve ser interpretado o art. 852 do Código Civil¹⁸, ao vedar o compromisso arbitral para questões de estado, de direito pessoal de família e “de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”¹⁹ (Grifei)

Sob o ponto de vista dos bens patrimoniais disponíveis da Administração, a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece acerca dos chamados bens dominicais o seguinte²⁰:

Os bens do domínio privado do Estado, chamados bens dominicais pelo Código Civil, e bens do patrimônio disponível pelo Código de Contabilidade Pública, foram definidos legalmente como “os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades (art. 66, III, do Código Civil de 1916).”²¹

18 CC, Art. 852: “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

19 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Atlas S.A. 2009. p. 38-9.

20 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 639-10.

21 Art. 99, III do CC: São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou

O Código Civil de 2002, no artigo 99, III, mantém o conceito, alterando-o apenas para deixar claro que são titulares de bens dominicais todas as pessoas jurídicas de direito público. Estabelece o dispositivo que os mesmos “constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma delas”.

Alem disso, o parágrafo único determina que “não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.” Conforme visto no item 10.2.2, tais pessoas poderiam ser as fundações de direito público que, não obstante dotadas de personalidade pública, têm a mesma estrutura das fundações privadas.

O Código de Contabilidade os define como “os bens do Estado, qualquer que seja a sua proveniência, dos quais se possa efetuar a venda, permuta ou cessão, ou com os quais se possam fazer operações financeiras em virtude de disposições legais especiais de autorização” (art.810).

[...]

Comparando os bens do domínio público com os do domínio privado do Estado, pode-se traçar a seguinte regra básica quanto ao regime jurídico que se submetem: os primeiros, ao direito público, e, os segundos, *no silêncio da lei*, ao direito privado. O mesmo pensamento encontra-se em Pontes de Miranda (1954, v. 2:136): “na falta de regras jurídicas sobre os bens dominicais, incidem as de direito privado, ao passo que, na falta de regras jurídicas sobre bens públicos *stricto sensu* (os de uso comum e os de uso especial), são de atender-se os princípios gerais de direito público”.

Exceto por uma minoria recalcitrante, a polêmica quanto à existência de direitos patrimoniais disponíveis da Administração parece estar hoje pacificada na doutrina especializada e nas decisões de tribunais superiores e até em decisões do TCU (aspectos a serem abordados nos próximos itens deste trabalho), órgão pouco afeito às instâncias de fortalecimento da capacidade gerencial do Estado. Resta a indagação jurídica, contudo, relativamente à necessidade de autorização legal para que o Estado possa formalizar compromissos arbitrais em

real, de cada uma dessas entidades. Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. (Grifei)

seus contratos, tanto os administrativos quanto os de índole privatista, tema a ser tratado adiante.

2.4 ARBITRABILIDADE DE CAUSAS DA ADMINISTRAÇÃO E PODER JUDICIÁRIO

Como afirmado acima, já há arsenal suficiente de decisões jurisprudenciais de tribunais superiores que referendam a doutrina administrativa quanto à aceitação da atuação da Administração na órbita do direito privado e, portanto, dos direitos disponíveis. O precedente considerado mais relevante a tal respeito é o chamado “Caso Lage”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).²² Em 1973, em sua 3ª instância decisória, a causa foi finalmente julgada pelo STF, em votação unânime, em desfavor da União e pela aceitação da validade do laudo arbitral, que fixou o quantum da indenização a ser paga à família que, sob justificativa de estado de guerra, teve confiscado patrimônio que englobava vinte e nove empresas. Além do aspecto exemplar de cultura jurídica exibido na decisão, o caso serve de forma eloquente ao argumento de defesa do procedimento arbitral por mais célere e eficiente do que a jurisdição estatal. Neste caso, o laudo arbitral foi produzido um ano e meio após a sua autorização legal, enquanto o Poder judiciário demorou dezoito anos apenas para oferecer a resposta quanto à legitimidade daquele procedimento.

Outro caso recente, e já considerado emblemático, julgado no Superior Tribunal de Justiça em 2008, sob relatoria do hoje Ministro do STF Luiz Fux, envolveu litígio entre a TMC – Terminal Multimodal de Coroa Grande, empresa concessionária de serviço público, e a NUCLEBRÁS Equipamentos Pesados S.A. (NUCLEP) acerca de contrato de concessão. Apesar do contrato entre as partes contemplar compromisso arbitral para solução de conflito, a NUCLEP decidiu unilateralmente dar por findo o contrato. Ato contínuo, o então

²² Agravo de Instrumento nº 52.181, de 14.11.73, sob a relatoria do Ministro Bilac Pinto, cujo Acórdão estatuiu pela legalidade do juízo arbitral e pela legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, não ofensiva à Constituição. A questão jurídica versou sobre ato legislativo que, editado em 1944, incorporou ao patrimônio nacional os bens da Organização Lage e do espólio Henrique Lage. Em face da irresignação dos herdeiros quanto ao valor apurado como pagamento de indenização, o então Procurador-Geral da República Themístocles Brandão Cavalcanti acatou proposta para instituição de juízo arbitral para fixação do valor a ser pago. Autorizada a arbitragem pelo Decreto-lei nº 4.648, de 26.7.46, a decisão unânime dos três árbitros veio a lume em 21.1.48. A mudança de governo ensejou, todavia, suspeição à medida por parte do Procurador-Geral da Fazenda Nacional e do Procurador-Geral da República, acarretando o descumprimento da decisão pela União. Em 1955 os interessados ajuizaram contra o Poder Público Federal com vistas ao cumprimento da decisão arbitral.

Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia entendeu-se competente para, mediante portaria, determinar a assunção imediata do objeto do contrato pela NUCLEP. A empresa reagiu ingressando com Mandado de Segurança contra o Ministro para a finalidade de cassar os efeitos da Portaria abusiva, quer por ausência de legitimidade, quer porque vigente contrato com cláusula de compromisso arbitral para solução de litígio. Também neste caso produziu-se decisão unânime com voto que estatuiu precedente de grande relevância para a matéria e que adiante se transcreve em parte:

É dizer que a clássica diferença doutrinária entre contratos administrativos e privados não pode ser considerada como realidade radicalmente oposta, ou seja: todo e qualquer contrato pode refletir elementos de direito administrativo e de direito privado.

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

[...]

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

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

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

*Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que, indisponível, é o interesse público, e não o interesse da Administração.*²³ (Grifei)

E mais adiante:

23 Mandado de Segurança nº 11.308 – DF (2005/0212763-0) de 9/4/2008.

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

Claramente esposado, ali, entendimento segundo o qual a Lei de Arbitragem traz no seu art. 1º autorização suficiente para que a Administração efetue, em contratos administrativos, compromisso arbitral quanto a direitos disponíveis. Mas embora o argumento se desenvolva, quase todo, acerca de contratos da Administração, há obscuridade quanto a se o conceito de Administração incluiria a administração direta ou tão só a administração indireta, ou, ainda mais restritivamente, como na hipótese da questão posta em juízo, apenas empresas de economia mista.

A dúvida se vê reforçada quando se analisa o argumento do voto do Ministro voltado para as sociedades de economia mista, *in verbis*:

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

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

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

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

2.5 ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Selma Lemes tece os comentários seguintes sobre a posição do TCU:

Com a vigência da Lei nº 8.987, de 1995, lei geral das concessões de obras e serviços públicos, o Tribunal de Contas da União – TCU, flexibilizou sua postura antagonista referente à arbitragem, pois entendia que havia necessidade de previsão legal específica, bem como que a arbitragem violava “princípios básicos de Direito Público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado...). Assim, passou a admitir a arbitragem para as questões de direitos disponíveis, desde que as matérias submetidas aos árbitros “não ofendam ao princípio da legalidade e o da indisponibilidade do interesse público.” (TCU, Processo TC n. 006.0986/93-2. Relator Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, Decisão n. 188/95, Plenário, DOU de 22.05.95, p. 7.277)²⁴

É fato que o Tribunal de Contas da União (TCU) emitiu inúmeras manifestações²⁵ em que considerou ilegal o compromisso arbitral pela Administração Pública, sob o entendimento de que tal compromisso afrontaria o princípio da supremacia do interesse público e da legalidade. Em 2008, em decisão em âmbito de auditoria relativa a contrato de concessão, fazendo uso dos fundamentos da decisão do STJ de 2008, em que foi relator o Ministro Luiz Fux (comentada no item 2.4. acima), o TCU mantém a mesma posição de cautela da decisão anterior. Abaixo, transcrição parcial do Acórdão que teve relatoria do Ministro Marcos Vileça:

Impende assinalar que, atualmente, a discussão sobre a possibilidade de adoção de juízo arbitral nos contratos de concessão de serviço público assume novos contornos, tendo em vista a inclusão do artigo 23-A ao texto da lei nº 8.987, promovida pela lei nº 11.195, de 2005. Eis o que ele dispõe: “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para a 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.”

24 LEMES, Selma Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 136.

25 Acórdãos do TCU em contrário à opção arbitral pela Administração: nº 584/2003, 537/2006 TCU – 2ª Câmara e Acórdão nº 1099/2006.

Bem verdade que, para alguns administrativistas, como Diogo Figueiredo Moreira Neto, esse novo dispositivo legal não trouxe alterações de fundo sobre a matéria, pois já enxergavam na redação do art. 23, inc. XV, da Lei de Concessões, a autorização legal necessária para adoção da arbitragem nos serviços públicos concedidos.

[...]

A partir da citada alteração legislativa, tenho para mim que a decisão sobre a matéria se transfere da possibilidade ou não de utilização da arbitragem para a delimitação da extensão e do alcance da aplicação desse instituto (e outros mecanismos privados de solução de divergência) nos serviços públicos concedidos.

[...]

Reconheço também que boa parte dos atos praticados pelas agências está circunscrito ao seu poder discricionário técnico. Todavia, o que nos afigura de difícil aferição é *ex-ante* definir as situações em que nos referidos atos se verifica a existência de direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, a possibilidade de serem submetidos ao juízo arbitral. Certo é que esse árduo esforço cabe à jurisprudência que, caso a caso, pode melhor avaliar e diferenciar tais espécies de direitos.

Acredito que uma vez constatada a existência de direitos patrimoniais disponíveis deve-se conferir eficácia ao citado art. 23-A da Lei nº 8.987/95, de modo a admitir a previsão contratual da arbitragem. Medida esta que procura preservar a segurança jurídica do contrato e afasta o que atualmente vem-se denominando “incerteza jurisdicional”.²⁶

De fato, a decisão do TCU anuncia acautelamento de molde a afastar os termos e o sentido da lei, parecendo indicar haver necessidade de detecção prévia do litígio antes do comprometimento com a arbitragem. Vale dizer, o TCU parece prevenir, em decisão plenária, que, a despeito de autorização legal para tanto²⁷, a Administração deve eximir-se de celebrar contratos de concessão com cláusula de compromisso arbitral.

²⁶ Acórdão TCU 391/2008 - Plenário

²⁷ Art. 23-A da Lei 8.987/95: “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

2.6 ARBITRABILIDADE DE CAUSAS DA ADMINISTRAÇÃO E O PRINCÍPIO DE LEGALIDADE

Selma Lemes - que exerce grande protagonismo na defesa do uso da Arbitragem pela Administração - entende que a arbitragem, embora não seja objeto do Direito Administrativo, já que inserida no campo do Direito Processual Civil e do Direito Civil, respalda-se no princípio constitucional da eficiência administrativa e alinha-se à nova vertente do Direito Administrativo contemporâneo, que se utiliza da Análise Econômica do Direito para análise da repercussão econômico-financeira nos contratos administrativo. Ao ver da autora, “a Administração Pública brasileira direta e indireta não precisa de lei especial para eleger a arbitragem nos contratos administrativos, pois a Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996) a ela se aplica”.²⁸

Outro notório defensor da desnecessidade de lei que autorize a opção de arbitragem pela Administração, Carlos Alberto Carmona, fundamenta sua posição na incidência do direito privado nas atuações de natureza *ius gestionis* da Administração, *in verbis*:

Quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública, praticando atos de natureza privada – onde 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. Se a premissa desta constatação é de que o Estado pode contratar na órbita privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer da contratação. Em conclusão, quando o Estado pratica atos de gestão, desveste-se da supremacia que caracteriza sua atividade típica (exercício de autoridade, onde a Administração pratica atos impondo aos administrados seu obrigatório entendimento), igualando-se aos particulares: os atos, portanto, “tornam-se vinculantes, geram direitos subjetivos e permanecem imodificáveis pela Administração, salvo quando precários por sua própria natureza.”²⁹

no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

28 LEMES, Selma Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 32.

29 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Atlas S.A. 2009. p. 45-6. As aspas no texto são creditadas em pé de página a José Carlos Magalhães.

Notável estudioso do tema da arbitrabilidade, Clávio de Melo Valença Filho - também ele um entusiasta do uso da arbitragem pela Administração, mas conferindo enfoque menor ao aspecto patrimonial da lide do que à natureza do direito que a circunda - assim se manifesta, *in verbis*:

Mesmo os que desgraçadamente confundem e contrapõem disponibilidade de direitos patrimoniais à indisponibilidade de interesse público, têm o cuidado de indagar se interesse público envolvido é do tipo primário ou se, ao contrário é mero interesse da Administração. *A indagação é pertinente, já que o princípio da indisponibilidade do interesse público é de alcance restrito às questões primárias.* Os chamados contratos da administração não estariam submetidos a tal exigência.³⁰

Embora claramente entusiástico da utilização do método arbitral pela Administração, o entendimento do citado jurista difere daquele de Selma Lemes e Carlos Alberto Carmona no sentido de empreender divisão de cunho mais formal quanto a contratos administrativos e contratos da administração, sobre os quais prevaleceria o direito público ou o direito privado, respectivamente. Diz o autor que:

Nesse sentido, a Lei 8.666, de 21.06.1993, consagra a distinção entre *contratos administrativos* - relação jurídica vertical entre Estado e particulares submetida ao direito público - e *contratos da administração* - expressão mais ampla utilizada para abarcar tanto os contratos administrativos como as relações contratuais marcadas pela horizontalidade, isto é, onde o Estado apresenta-se, perante o particular, despido do poder de império. As relações horizontais estão excluídas do regime de direito público e, portanto, não incide sobre elas o princípio da indisponibilidade.

[...]

Impossível, então, não concluir pela arbitrabilidade de litígios envolvendo o Estado, desde que versem restritamente sobre interesse público derivado decorrente de relação horizontal.³¹

30 FILHO, Clávio de Melo Valença. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 439

31 *Ibid.*, p. 218-9.

E, adiante, explicita melhor o que entende por “interesse público indisponível”:

Também os litígios envolvendo interesse público indisponível são arbitráveis, desde que expressamente autorizados por lei. Isso ocorreu no Caso Henrique Lage, quando, mediante decreto do Presidente da República – que, à época, como hoje, concentrava funções legislativas e executivas –, autorizou-se a conclusão de compromisso arbitral, tendo em vista a apuração das indenizações devidas pelo torpedeamento de navios requisitados em tempos de guerra.³²

O autor parece estar em situação solitária sobre o que entende quanto a “interesse público indisponível”, divergindo de Selma Lemes, Carlos Alberto Carmona, Caio Tácito, Eros Grau, o Ministro Luiz Fux e tantos outros que se dedicam ao tema, já que considera que o “Caso Lage” envolveu interesse público indisponível. Ao contrário disso, a causa submetida à apreciação dos árbitros, deixando de versar sobre o mérito do confisco (e sem poder fazê-lo sob pena de avançar sobre atividade primária do Estado e, portanto, esfera de interesse público indisponível), examinou, tão apenas do que era de natureza patrimonial disponível – o quantum da indenização, como aliás foi o teor do voto vencedor do Ministro Bilac Pinto.

Embora divergindo da possibilidade jurídica de que causa que envolva interesse público possa ser objeto de arbitragem, pois que isso infringiria a ordem pública, parece assistir razão ao autor quando sugere que os conteúdos de arbitrabilidade de contratos administrativos, ou de objetos relativos à atuação primária do Estado, concernentes ao seu poder *ius imperii*, careceriam de autorização legal para formalização do compromisso arbitral.

Ao mesmo tempo em que há razoabilidade jurídica no entendimento segundo o qual a Lei de Arbitragem contém autorização para que a Administração celebre compromisso arbitral *nas causas em que atua em situação igualitária com o particular, ou seja, em atividade de índole secundária quanto às finalidades da Administração*, o mesmo não ocorre em sede de contrato administrativo típico, que versa sobre serviço público próprio da Administração. Neste caso, por força dos princípios de legalidade dos atos administrativos e de isonomia, afigura-se juridicamente problemática a situação de divisão do conteúdo do contrato, em que parte dele restaria sombreado pelo direito administrativo – fora do

³² FILHO, op. cit., p. 220.

alcance da Lei, portanto – enquanto o restante dele, acenando índole privatística, poderia assegurar-se da autorização genérica do art. 1º da Lei de Arbitragem como fundamento de legalidade.

No âmbito, ainda, da análise quanto à legalidade da opção arbitral pela Administração, a Lei nº 8.666, de 1993, vem desafiando magistrados e doutrinadores quanto à interpretação a ser dada aos seus arts. 32, § 6º e 55, § 2º, que tratam de previsão de foro para solução de litígio. O Prof. Carlos Alberto Carmona oferece a seguinte contribuição ao debate:

Outra questão importante diz respeito ao correto entendimento do que vem disposto no art. 55, §2º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), eis que o dispositivo legal, que trata das cláusulas obrigatórias em todos os contratos administrativos que rege (obras, serviços – inclusive publicidade – compras, alienações e locações no âmbito com dos Poderes da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios), impõe que “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”, o que transmite a muitos a sensação de que, no âmbito dos contratos administrativos estaria banida a arbitragem (exceção feita às licitações internacionais de que trata o §6º do art. 32 da referida Lei). É preciso notar, antes de mais nada, que a Lei de Licitações, não determina que toda e qualquer controvérsia oriunda dos contratos celebrados com a Administração seja dirimida pelo Poder Judiciário, pois se assim fosse não poderia haver resolução de pendências contratuais através de transação; *o texto legal exige, isso sim, que se as partes tiverem que acorrer ao Poder Judiciário, será competente o juízo do foro da sede da Administração, e não órgão judicial situado em outra região geográfica.* Explico: o vocábulo foro, na técnica processual, significa território, indicando, portanto, um local (Município ou pluralidade de Municípios sujeitos à competência de um ou vários juízes, ou ainda, como ocorre na Justiça Federal, o espaço geográfico que forma uma sessão judiciária) onde o juiz exerce a jurisdição. [...] Nada disso é incompatível com a arbitragem: elegendo as partes foro no contrato (e nos contratos administrativos submetidos à Lei de Licitações é obrigatória a eleição do foro da sede da Administração), estarão apenas determinando que o eventual concurso do juiz togado para realização de atos para os quais o árbitro não tenha competência, (atos que impliquem a utilização de coerção, execução de sentença

arbitral, execução de medidas cautelares) sejam realizados, em princípio, na comarca escolhida. E digo em princípio porque, na hipótese de medida de urgência, será perfeitamente possível recorrer ao juiz do local em que o ato deve ser praticado, superando-se a escolha das partes em prol da efetividade do processo.³³ (Grifei)

Na mesma linha, ouçamos Clávio Valença Filho:

Outro óbice comumente invocado à validade da convenção de arbitragem decorre da prescrição contida no art. 55, § 2º, da Lei 8.666, cujo conteúdo atribui competência ao foro da sede da Administração. Decerto que a imposição de foro legal exclusivo, como um cláusula de eleição de foro, pode provocar disfunções no funcionamento da convenção de arbitragem. Não significa, porém, que seja inválida ou que se contraponha ao foro legal. Ocorre que conflitos entre juízes e árbitros são travados no plano pré-processual da jurisdição, não no da competência. Assim, onde houver direitos patrimoniais disponíveis, tem jurisdição o árbitro; onde não houver, tem jurisdição o juiz estatal. [...] Do exposto, onde houver patrimônio público disponível, é válida a convenção de arbitragem e não incidem as regras atribuidoras de competência exclusiva, em matéria de contratos administrativos, como em outras matérias. [...] Ora, arbitragem não tem foro, pelo menos não no sentido técnico que o direito processual civil empresta à palavra. A arbitragem tem sede, e esta não pode ser ditada por regras de processo civil judicial, destinadas, por óbvio, aos juízes estatais, não aos árbitros.³⁴

Nesse particular, é de se dar razão aos autores quanto ao entendimento de que a opção pela arbitragem não é de molde a agredir, e sequer afastar por inteiro – vez que a jurisdição arbitral é sempre restrita – a previsão do foro da Administração para efeito da jurisdição estatal.

Trata-se de matéria complexa, que conta com decisões do poder judiciário que, sob fundamento diferente, validou a opção arbitral. No caso, o entendimento é de que as normas da Lei nº 8.666, de 1993, não alcançariam as questões da Administração na órbita do direito privado, merecendo que aqui se comente o famoso precedente da então

33 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Atlas S.A. 2009. p. 47-48.

34 FILHO, op. cit., p. 439-40

Desembargadora Ministra Nancy Andrighi, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, com ementa nos termos seguinte:

[...] III – Pelo art. 54 da Lei 8.666/93, os contratos administrativos regem-se pelas suas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, o que vem reforçar a possibilidade de adoção do Juízo arbitral para dirimir questões contratuais.³⁵

3. ARBITRAGEM NOS EUA

3.1 CULTURA ARBITRAL NOS EUA

À parte as profundas diferenças entre a cultura judicial brasileira e aquela dos EUA, tributárias que são de linhagens jurídicas diversas, o reconhecido pragmatismo estadunidense leva o país a resolver a grande maioria de suas disputas por meio de acordo entre as partes. Estima-se que mais de 90 por cento³⁶ das disputas cíveis são resolvidas dessa forma, formalizadas que são em algum momento anterior ou durante o procedimento judicial.

O mecanismo arbitral foi largamente utilizado no período colonial dos Estados Unidos, por influência britânica. Gary Born, um dos mais influentes pensadores sobre arbitragem internacional, comenta que o método arbitral era largamente utilizado, nos EUA, inclusive para solucionar litígios de natureza não-comercial, conhecendo sua maior propagação e apreço durante o século XIX. Depois, em face da hostilidade que os poderes legislativo e judiciário passaram a demonstrar ao instituto durante o séc. XIX, grande esforço da comunidade empresarial fez surgir, já em 1925, do *Federal Arbitration Act* e, com ele, a proteção legal necessária ao cumprimento dos compromissos arbitrais e execução dos laudos deles decorrentes.³⁷

Juntamente com o instituto da *mediação*, a Arbitragem impôs-se à pragmática sociedade dos EUA como meio eficiente, rápido e – quase sempre – de menor custo do que os serviços judiciários estatais. De fato, por sua complexidade, e porque a sétima emenda da Constituição dos EUA garante o direito a julgamento por júri na maioria dos casos

35 MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, 1999, menção extraída de Acórdão do STJ- MS nº 11.308 – DF (2005/0212763-0)

36 FINE, Toni M. *Introdução ao Sistema Jurídico Norte-Americano*. São Paulo. AMF Martins Fontes. 2011, p. 87.

37 Ver BORN, Gary B., opus cit. p. 34 e segs.

cíveis federais – sendo que previsão semelhante consta também das constituições estaduais –, o método arbitral é o meio preferencial nos EUA para resolução de conflitos do mundo dos negócios.

O fundamento para uso do método arbitral encontra-se solidamente estabelecido na mencionada lei federal de 1925, o FAA, e reforçado por decisões reiteradas da Corte Suprema do País. Os 50 estados norte-americanos editaram leis próprias sobre a matéria, mas tais leis assumem caráter residual à disciplina constante da FAA, por caber ao Poder Público Federal legislar sobre comércio interestadual.³⁸

Visto que a Constituição reserva aos estados federados o poder de legislar sobre comércio dentro de seu território, tal competência acarreta indagações jurídicas quanto à possibilidade da regulamentação interna sobrepor-se à disciplina do FAA em relações de negócio que não envolvam outros estados. Em razão disso, algumas legislações estaduais e decisões de tribunais locais foram trazidas ao exame da Suprema Corte do País, que, de forma consistente e reiterada, pronunciou-se sobre a prevalência do regramento da FAA sobre qualquer legislação estadual que diminua o escopo da arbitrabilidade dos litígios. A legislação estadual, por conseguinte, visa, de regra, a tão apenas complementar a FAA no que ela é silente, sempre respeitados os seus termos.

Em 1926, foi fundada nos EUA a American Arbitration Association (AAA), instituição sem finalidade de lucro que edita regras e provê os serviços necessários à realização de mediações e arbitragem de âmbitos nacional e internacional. Também aqui se faz notar a extraordinária influência das regras da UNCITRAL, que serviram de modelo de suas Regras para Arbitragem Internacional (*International Arbitration Rules*). Com sede em Nova Iorque, a AAA mantém atualmente quatro centros para solução de conflito e 84 escritórios espalhados no território dos EUA, sendo que a sua divisão voltada para arbitragem internacional, o International Centre for Dispute Resolution (ICDR), conta com centros internacionais na Irlanda, México e em Singapura, além de Nova Iorque.³⁹

3.2 ARBITRABILIDADE DOS LITÍGIOS NOS EUA

O conceito de “arbitrabilidade” no Direito dos EUA é normalmente ligado ao aspecto da extensão do acordo das partes para fins de submissão do contrato à arbitragem. Essa análise da arbitrabilidade

38 O artigo 1, Sessão 8, Cláusula 3, da Constituição dos EUA estabelece a competência do Congresso para “regular comércio com nações estrangeiras e entre Estados e com tribos indígenas.”

39 Informações colhidas no sítio WWW.adr.org

da matéria inserida em compromisso ou cláusula arbitral é de se dar, por conseguinte, por meio da interpretação dos termos estabelecidos no acordo entre as partes, e não tanto na investigação de restrições normativas ao exercício da arbitragem - embora também essas existam, por óbvio.⁴⁰ Para fins da presente análise, contudo, o termo obedecerá tão apenas o conceito como utilizado no Brasil, como indicativo da disponibilidade do direito envolvido.

Nos Estados Unidos, há incentivo legal e institucional para o uso do método arbitral de solução de conflito, havendo programas voltados para o fomento da arbitragem e disposições normativas estaduais para que pequenas causas se resolvam por esse mecanismo.⁴¹

A FAA dispõe regra geral quanto à arbitrabilidade das matérias de cunho comercial, trazendo tão só sujeição às restrições dos fundamentos de ordem pública (*public policy*) aplicáveis a qualquer contrato. Por conseguinte, para que o compromitente de procedimental arbitral possa desobrigar-se dele, terá de demonstrar que a matéria litigiosa encontra-se expressamente excluída em lei federal ou que existe conflito entre a finalidade de determinada lei e o procedimento arbitral.⁴²

No tocante a medidas cautelares, embora a FAA não traga provisões sobre a matéria e tampouco tenha sido a Suprema Corte chamada a pronunciar-se a respeito, as cortes dos EUA fazem cumprir as decisões originadas por tribunais arbitrais em procedimentos preparatórios ao exercício de jurisdição.

Como já mencionado acima, relativamente à ausência de competência dos poderes legislativos estaduais para excluir matérias do procedimento arbitral, a Suprema Corte já se pronunciou reiteradamente, tendo havido recente decisão em fevereiro deste ano, no julgamento do caso *Marmet Health Care Center, Inc. v. Brown*, 565 US ⁴³, quando prolatada decisão no sentido de que ações envolvendo ofensa pessoal ou indenização em razão

40 Por pelo menos duas vezes a Suprema Corte dos EUA definiu o conceito "arbitrabilidade": no caso *AT & Technologies, Inc v. Communications Workers of America*, a Corte definiu que a análise da arbitrabilidade consistiria no exame quanto à inclusão na cláusula arbitral do litígio originado pelo contrato; e já no caso *First Options of Chicago, Inc v. Kaplan*, de 1995, essa análise caracterizou-se pela investigação quanto à vontade das partes de submeter à arbitragem decisão quanto ao mérito do litígio.

41 Ver ROWLEY QC, J William, *Arbitration World – Jurisdictional Comparisons*. London. The European Lawyer Ltda. 2006, p. 399.

42 Ver ROWLEY QC, J William. Op.cit., p. 399-400.

43 Em 12.2.2012, a Suprema Corte dos EUA rejeitou a decisão da Suprema Corte de Apelação da West Virgínia que entendeu, relativamente a três contratos de serviços de enfermagem contra empresas do estado, que, por se tratar de questão de ordem pública, o acordo prévio sobre arbitragem não poderia ser alegado, em causa envolvendo ofensa pessoal ou indenização em razão de morte, contra ações instauradas pelas famílias das vítimas, em causa envolvendo ofensa pessoal ou indenização em razão de morte.

de morte (*personal injury or wrongful death*) não envolve matéria de ordem pública, e, o que é mais importante, de que não há competência estadual para aumentar as hipóteses de lei federal sobre matéria de ordem pública. Na decisão mencionada, disse a Corte que:

A interpretação da FAA feita pela Corte de West Virginia foi tão incorreta quanto inconsistente com as claras instruções dos precedentes desta Corte. A FAA determina que ‘uma provisão escrita [...] em um contrato evidenciando um negócio comercial cuja controvérsia que dali surja deverá ser decidida por arbitragem [...] deverá ser válida, irrevogável e executável, exceto se com base em lei ou em equidade possa o contrato ser rescindido.’ 9 U.S.C. §2. (Tradução livre)

3.3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ARBITRAGEM NOS EUA

A grande influência e o prestígio da AAA nos EUA vem possibilitando histórico de sucesso de trabalhos realizados para diferentes níveis e setores do Poder Público no País. Dentre inúmeras outras, são exemplos eloqüentes as seguintes atuações⁴⁴:

- 1) por designação do Congresso, a AAA administrou programa para solução de conflitos relativos a negócios jurídicos cancelados como resultado de falência e reestruturação financeira da General Motors e Chrysler. Como resultado, 1.500 disputas foram resolvidas por meio de discussões, mediações ou arbitragens, em aproximadamente sete meses;
- 2) o Departamento de Justiça utilizou os serviços da AAA para solucionar conflito envolvendo disputa relativa a norma antitruste;
- 3) os Centros para Serviços de Medicaid e Medicare⁴⁵ (CMS), da esfera federal, juntamente com representantes dos estados de Connecticut, Massachussets e Nova Iorque desenvolveram

⁴⁴ Informações colhidas no sítio da instituição: www.adr.org/cs/idcplg?idcService=FILE&dDocName=ADRSTG_004329&RevisionSelectionMethod=LatestReleased

⁴⁵ Medicare e Medicaid são os dois programas federais de saúde mais importantes, o primeiro voltado para idosos e pessoas com necessidades especiais, e o segundo direcionado às faixas mais pobres da população (www.medicalnewstoday.com/info/medicare-medicaid/)

e implementaram mecanismo para arbitragem especializada voltada para julgar questões de reembolso de gastos com saúde;

- 4) por determinação legal, a AAA promove arbitragens concernentes a discussões quanto à avaliação do valor de terra em disputas entre cidadãos e o Departamento do Interior dos EUA; e
- 5) o Estado de Louisiana contratou a AAA para realização de programa para mediações e arbitragens de modo a assistir de forma rápida, justa e eficiente as disputas decorrentes do furacão Katrina.

Como visto no item anterior, os EUA ostenta legislação fomentadora da utilização de arbitragem, havendo tão só como restrição, segundo previsão na FAA, o exame da “ordem pública”, em geral indicada pela existência de atuações finalísticas do Estado, ou seja, de cunho fiscalizatório ou repressor, para além de mera mensuração patrimonial.

O aspecto de arbitrabilidade da demanda, por conseguinte, não se presume, de regra, em razão da matéria, já que, como vimos, elas trazem em si componentes de teor de ordem pública e outros de caráter disponível, e portanto, passíveis de solução pela via arbitral. Exemplo disso é a *Tax Court Rule 124*, editada em 1990, que veio permitir que a Administração entre em acordo com o contribuinte para nomear um ou vários árbitros para decidir acerca de questões de fato envolvendo incidência de impostos, decisões que vinculam juridicamente o juiz estatal. O Professor Clávio de M. V. Filho comenta que o mecanismo tem se revelado útil em conflitos que, de natureza complexa, lucra com decisões advindas de especialistas.⁴⁶

O tema da concorrência é também de molde a suscitar polêmica quanto ao seu inegável conteúdo de ordem pública, em que competentes as autoridades administrativas para decisão de conflitos e aplicação de penalidades. Não obstante isso, a matéria pode surgir de maneira incidental no escopo de uma arbitragem de modo a possibilitar o não-cumprimento de contrato que o árbitro julgue nulo em face de lei anti-truste, tal como ocorreu no caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, de 1985, em que a Suprema Corte, reconheceu a validade da decisão do árbitro que aplicou ao caso as normas do direito concorrencial.⁴⁷

⁴⁶ FILHO, op. cit., p. 226.

⁴⁷ FILHO, op. cit., p. 226-7.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cultura jurídica necessária à difusão do instituto da arbitragem e o seu reconhecimento como prática de solução de litígios ao alcance da Administração parece ser filha, aqui como alhures, das inquietações das necessidades de negócios dessa mesma Administração. Prova disso é o fato de que as concessões públicas abriram-se para o mecanismo desde, pelo menos, o século XIX a fim de atrair investidores estrangeiros que nutriam justificável desconfiança do Judiciário do País. À parte, pois, as concessões e alguns dos contratos internacionais (os financeiros e os de cunho administrativo decorrentes de financiamento concedido por organismo financeiro internacional, a teor do art. 32§ 6º da Lei nº 8.666, de 1993), há grande resistência no meio jurídico à utilização de arbitragem pela Administração Pública.

Ao apresentar as ferramentas normativas brasileiras, originárias de leis e atos internacionais, e o inequívoco entendimento dos tribunais superiores no Brasil quanto à arbitrabilidade de litígios da Administração que versem sobre direitos disponíveis, objetiva-se aqui demonstrar que o que falta ao setor público brasileiro é antes uma mudança de cultura rumo a maior acolhimento da arbitragem, em prol de uma burocracia mais eficiente e célere, compatível, por conseguinte, com o Estado que as atuais circunstâncias históricas exigem.

No caso brasileiro, isso é tanto mais importante quanto tem se mostrado ineficiente o sistema Judiciário do País. A opção pela arbitragem é capaz de oferecer, na maior parte das vezes, soluções cirúrgicas que, ainda que analisadas apenas pela rapidez e aspecto definitivo do resultado, são aptas a minimizar os custos econômico-financeiros da alternativa institucional, contumaz perpetuadora de litígios pela imobilidade de que padece. Mais do que isso, todavia, a arbitragem vem se afirmando como o único meio jurisdicional capaz de oferecer especialistas em qualquer matéria controversa, de forma a assegurar aporte técnico na apreciação de matéria cuja complexidade nem sempre está ao alcance de um juiz a quem falte familiaridade com o tema, a despeito de toda a qualificação que possa deter quanto aos princípios gerais de Direito.

Na apreciação do jurista Clávio Valença Filho, temos que:

[...] o debate em torno do conflito entre juízes e árbitros se localiza no plano pré-processual da jurisdição, não no da competência. Decorrem, daí, premissas menores e conclusões que dizem respeito à validade e à eficácia da convenção de arbitragem inserida em contratos

administrativos, temas que analisaremos à luz da jurisprudência estatal produzida nestes dez anos da Lei de Arbitragem. Ambas são frequentemente negadas. Único fundamento: certo preconceito ainda nutrido por parte de alguns órgãos estatais. Vêm, no árbitro, um concorrente. Trata-se de um Judiciário reticente, cuja importância diminui a cada dia, graças à popularização das categorias jurídicas ligadas à arbitragem, o que, aliás, era de se esperar aos dez anos da Lei de Arbitragem [...]. Se fortalece, por outro lado, um Judiciário entusiasta, normalmente representado pelas instâncias superiores, cujas decisões são capazes de vislumbrar, no árbitro, um parceiro na distribuição da tutela jurisdicional.⁴⁸

Ora, embora o uso da arbitragem esteja presente na história do Brasil desde o princípio, foi vista sempre como medida de exceção à regra da jurisdição estatal. A mudança de cultura na Administração Pública brasileira está, pois, a depender de uma maior harmonização de conceitos e interpretações legais, especialmente nas diversas instâncias judiciais e nos tribunais e órgãos de fiscalização, de modo a assegurar a necessária segurança jurídica para sua disseminação no seio da Administração Pública. A despeito de todas as diferenças de cultura de sistema jurídico, os Estados Unidos da América têm a oferecer ao Brasil modelo aplausível de eficiência no uso do mecanismo arbitral pela Administração Pública, modelo que vem influenciando positivamente grande parte da doutrina nacional, atenta à necessidade de aprimoramento da burocracia nacional.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues; VIGGIANO, Letícia M.F. do Amaral. *A Lei de Arbitragem nos Tribunais*. São Paulo: LEX S.A., 2008.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Netherland: Wolters Kluwer – Law and Business, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Atlas S.A. 2009.

⁴⁸ FILHO, op. cit., p. 436-7.

FILHO, Clávio de Melo Valença. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002

FINE, Toni M. *Introdução ao Sistema Jurídico Norte-Americano*. São Paulo: AMF Martins Fontes. 2011.

LEMES, Selma Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam*. São Paulo: Atlas S.A., 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

ROWLEY, William. *Arbitration World – Jurisdictional Comparisons*. London: The European Lawyer Ltda. 2006

STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTR, 1998.

WALD, Arnold; LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem Comercial Internacional – A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.