

CARMEN TIBURCIO

Arbitragem **INTERNA e** **INTERNACIONAL**

Aspectos Teóricos e Práticos

2ª edição

revista, atualizada
e ampliada

2024

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**

www.editorajuspodivm.com.br

XII

ARBITRAGEM ENVOLVENDO O ESTADO

XII.1. DISTINÇÃO ENTRE ARBITRAGEM DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO, ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS E ARBITRAGEM PRIVADA

Como já se frisou, há três tipos de arbitragem que envolvem *o Estado*: arbitragem de Direito Internacional Público; arbitragem de investimentos e arbitragem privada doméstica ou internacional com a participação do Estado ou ente que integra a administração pública¹.

Vale também notar que, mesmo antes da vigência das alterações à Lei de Arbitragem, em 2015, já havia sido instituída, pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) para julgar controvérsias envolvendo entes da Administração Pública Federal, que, hoje, engloba também disputas entre entes da Administração Federal e da Administração Estadual e Municipal. A despeito de sua denominação, não se trata propriamente da arbitragem regida pela Lei de Arbitragem e, por isso, não será aqui analisada.

XII.2. ARBITRAGEM ENVOLVENDO O ESTADO: CENÁRIO ANTERIOR À LEI Nº 13.129/2015

XII.2.1. Legislação

É da tradição da legislação brasileira a exigência, nos contratos administrativos, de cláusula que eleja o foro da sede da Administração. O Decreto nº

1. Vide capítulo I no qual o tema é tratado com mais profundidade.

15.783/22 (que regulamentou o Código de Contabilidade da União) assim dispõe (art. 775, § 1º):

“A estipulação dos contratos administrativos compreende cláusulas essenciais e cláusulas acessórias. São cláusulas essenciais, e como tais não podem ser omitidas em contrato algum, sob pena de nulidade: (...) e) nos contratos com pessoas naturais ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, a cláusula que declara competente o foro nacional brasileiro, para dirimir quaisquer questões originadas dos mesmos contratos”².

O Decreto-lei nº 2.300/86 (antigo estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos de obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações no âmbito da Administração Federal) estabelecia (art. 45, § único):

“Nos contratos celebrados com pessoas físicas e 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”.

Menos de um ano após a sua vigência, foi promulgado o Decreto-lei nº 2.348/87, que alterou alguns dispositivos do Decreto-lei nº 2.300, entre eles o art. 45, que passou a ter a seguinte redação:

“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 §13 do artigo 25, permitido nesse caso o juízo arbitral”.

A Lei nº 8.666/1993, sobre licitações e contratos administrativos, reproduziu essa mesma regra no 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”.

Portanto, esse diploma restringia a solução de qualquer litígio ao foro da sede da Administração, pelo que se podia concluir serem inválidas, em tais contratos, as cláusulas de eleição de foro estrangeiro. Note-se que o dispositivo em

2. Registre-se que a Lei de 1929 que dispunha sobre “extinção do Banco do Brasil e mais disposições a elle tendentes”, com a previsão de sua liquidação, em seu art. 7º previa que “as duvidas, que se suscitarem entre as comissões do Governo, e do banco nos objectos de commum attribuição, se forem de natureza administrativa, serão decididas pelo Governo, se de natureza contenciosa, definitivamente por arbitros.”

questão traduz um comando positivo (exigindo claramente a eleição do foro da sede da Administração), e não negativo (proibindo a eleição de foro estrangeiro). Assim, com base na revogada lei de licitações, era possível se concluir que nos contratos administrativos, como regra geral, não se admitia eleição de foro estrangeiro e a aceitação da cláusula compromissória era duvidosa.

O § 6º do art. 32 abria exceções a essa regra geral, nas hipóteses de: a) licitação internacional para a aquisição de bens e serviços, cujo pagamento foi feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação; b) contratação de empresa estrangeira para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior; c) aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior. Como exceções à regra geral, tais hipóteses são taxativas e devem ser interpretadas restritivamente.

A atual Lei nº 14.133/2021 manteve a regra e as exceções, com redação ligeiramente diferente:

“§ 1º Os contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as domiciliadas no exterior, deverão conter cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, ressalvadas as seguintes hipóteses: I – licitação internacional para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação; II – contratação com empresa estrangeira para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior precedida de autorização do Chefe do Poder Executivo; III – aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior”.

Havia algumas leis específicas que admitiam a participação da Administração Pública em arbitragens: Lei nº 5.662/71, art. 5º, parágrafo único (BNDES); Decreto-lei nº 1.312/74, art. 11 (empréstimos); Lei nº 8.693/93, art. 1º, § 8º (transporte ferroviário); Lei nº 8.987/95, art. 23 (concessões); Lei nº 9.472/97, art. 93, XV (telecomunicações); Lei nº 9.478/97, art. 43, X (petróleo); Lei nº 10.233/01 (ANTT e ANTAQ), arts. 35, XVI e 39, XI; Lei nº 10.848/04, art. 4º, § 6º (CCEE); Lei nº 11.079/04, art. 11, III (PPP); Lei nº 12.351/10, art. 29, XVIII (pré-sal); Lei nº 12.462/11, art. 44-A (regime diferenciado de contratações públicas).

Questionava-se se o quadro acima descrito teria sido alterado pelas inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. O art. 173, § 1º, da CF, trata de empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que exploram atividade econômica; já o art. 175 cuida das empresas que prestam

serviços públicos, diretamente ou por meio de concessão ou permissão. O art. 173, § 1º, determina:

“A Lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

Havia dois entendimentos principais relativos a esse dispositivo: (i) tal norma não seria autoaplicável, mas dependeria de lei que estabelecesse o estatuto jurídico das empresas estatais que exercessem atividade econômica; antes da promulgação de lei específica, aplicar-se-ia a Lei nº 8.666/1993; (ii) a regra seria dotada de eficácia contida, ou seja, ficava afastada a Lei nº 8.666/1993 e deveriam ser aplicados os princípios gerais da Administração Pública, podendo uma lei futura vir a disciplinar tal regime jurídico.

Especificamente no que se refere à possibilidade de submeter conflitos à arbitragem, parte da doutrina entendia que, ausente um dispositivo legal que a autorizasse, essa alternativa seria vedada à Administração Pública, por imposição do princípio da legalidade. Outros autores, porém, defendiam a possibilidade de clausular-se a arbitragem nos contratos administrativos em geral (de forma mais ou menos ampla). Na verdade, para aqueles que admitiam a arbitragem, havia três posições sobre a matéria, que podiam ser sistematizadas da seguinte forma³:

- (i) Uma corrente sustentava que a arbitragem seria legítima em qualquer contrato administrativo com fundamento no art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/93, então em vigor, que dispunha serem aplicáveis supletivamente aos contratos administrativos, os princípios da teoria geral dos contratos, *in verbis*: “*Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado*”⁴.

3. Como sistematizado por Luís Roberto Barroso, Sociedade de Economia Mista Prestadora de Serviço Público, Cláusula Arbitral Inserida em Contrato Administrativo sem Prévia Autorização Legal. Invalidez. In: *Temas de Direito Constitucional*, t. II, 2003, p. 620.

4. Essa é a opinião de Adilson Abreu Dallari, Arbitragem na Concessão de Serviço Público, *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, vol. 32, 1995, p.65, como se vê do seguinte trecho: “*Apreciando o processo de contratação de concessionário para exploração da ponte Rio-Niterói, o Tribunal de Contas da União (Decisão nº 763/94) determinou o seguinte: c) excluir as disposições dos itens 204 e 208 do Edital de Propostas de Tarifa que estabelecem a arbitragem como método para a resolução de conflitos entre a concessionária e o DNER, ante a inexistência de fundamento legal para adoção de tal instituto em contratos administrativos, consoante decisão do Tribunal de 15.7.93 (Ata nº 29/93. Decisão 287/93 – Plenário).*”

- (ii) Outra corrente extraía uma autorização generalizada para que a arbitragem fosse adotada em qualquer circunstância a partir de leis que autorizavam a Administração a se submeter à arbitragem em determinadas situações, como é o caso da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97, art. 43, X), da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95, art. 23-A) e da Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079, art. 11, III)⁵. Após o reconhecimento da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, aliás, diversas leis, decretos e resoluções normativas da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) previram a arbitragem como meio de solução de controvérsias entre os diversos atores do setor, referentes a distintas relações contratuais⁶.
- (iii) Por fim, destacava-se ainda o argumento de que a arbitragem estaria autorizada genericamente para as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica por força do art. 173, § 1º, da Constituição de 1988, que estabelece que elas estão sujeitas ao regime jurídico de direito privado⁷⁻⁸. Posteriormente, essa última orientação passou também a admitir a participação em

Tal entendimento, quando estabelecido, já estava equivocado, pois efetivamente já havia, naquela ocasião, fundamento legal para a arbitragem, embora não explícito.

Com efeito, o art. 54, Lei nº 8.666/93, assim dispõe: *"Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado."*

Isso significa que poder-se-ia ter aplicado, supletivamente e no que coubesse, o disposto nos artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil (que trata do Compromisso, ao dispor sobre o Direito das Obrigações), e nos artigos 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil (que cuida do Juízo Arbitral)".

5. É o que resulta de uma leitura ampliada de passagem escrita por Caio Tácito, Arbitragem nos Litígios Administrativos, *Revista de Direito Administrativo* vol. 210, 1997, p.113: *"A questão do cabimento do juízo arbitral, em matéria pertinente a contratos administrativo, assumiu aspecto novo com o advento da Lei n. 8.987/95, 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".
6. Rafaella Ferraz, Possibilidades e limites à aplicação da arbitragem no setor elétrico. In: Rafaella Ferraz e Joaquim de Paiva Muniz (Coords.), *Arbitragem doméstica e internacional*, 2008, p. 331 e ss.
7. Art. 173, §1º, CF/88: *"A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias."*
A EC nº 19/98 deu a seguinte redação ao dispositivo: *"A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:(...) II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias"*.
8. Essa linha é seguida, por exemplo, por Luís Roberto Barroso que, embora tenha sugerido inicialmente outra orientação (Sociedade de Economia mista prestadora de serviço público, cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003, pp. 593-636), esclareceu posteriormente que adota posicionamento diverso, segundo o qual a exigência de prévia autorização legislativa não se aplicaria às empresas estatais que desempenhem atividade econômica – v. Luís Roberto Barroso, Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Gustavo Binenbojm (Coord.), *Agências reguladoras e democracia*, 2006, pp. 75-6 (nota nº 54). O autor expressou claramente sua opinião nesse sentido em Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso, *Direito Constitucional Internacional*, 2013, pp. 570-1.

arbitragens de sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviço público, desde que o objeto da controvérsia fosse de conteúdo econômico⁹.

XII.2.2. Jurisprudência

A jurisprudência se mostrava bastante favorável à participação de entidades públicas em arbitragens. Mesmo antes das decisões mais recentes sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, em célebre julgamento de 1973, relativo ao *caso Lage*¹⁰, considerou válida disposição legal que autorizava a submissão da Administração à arbitragem, afirmando, para tanto, que rejeitar as convenções arbitrais firmadas pela Fazenda Pública seria restringir indevidamente a autonomia contratual do Estado¹¹. No extinto Tribunal Federal de Recursos, a prévia autorização legal foi considerada um requisito essencial para a arbitragem envolvendo o Estado¹².

Nos anos que antecederam a aprovação das alterações à Lei de Arbitragem, o Superior Tribunal de Justiça adotou claramente uma tendência *favor arbitratís*, na linha da formulação mais recente da terceira corrente apresentada acima. Valendo-se do art. 173, § 1º, da Constituição, o STJ passou a admitir a participação em arbitragens não só de sociedades de economia mista, mas também de empresas públicas, inclusive prestadoras de serviços públicos¹³, sendo dispensável autorização legislativa para tanto¹⁴. As decisões proferidas serão comentadas mais analiticamente a seguir.

9. Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso, *Direito Constitucional Internacional*, 2013, p. 570-1.

10. O "caso Lage" envolveu a incorporação à União de bens e direitos das empresas das Organizações Lage e, mais especificamente, a indenização devida aos Espólios de Henrique Lage e Renaud Lage por essa incorporação. Nos termos do Decreto-Lei nº 9.521/46, o valor seria definido por arbitragem.

11. STF, DJ 15 fev. 1974, AI 52.181/GB, Rel. Min. Bilac Pinto. Esse precedente foi citado, e.g., em STF, DJ 21 jun. 2002, RE 253.885/MG, Relª. Minª. Ellen Gracie.

12. TFR, DJ 26 jun. 1989, AC 137.279/DF, Rel. Min. Bueno de Souza. Na doutrina, aparentemente no mesmo sentido, v. Celso Antônio Bandeira de Mello, Sociedade de economia mista prestadora de serviço público – Submissão à arbitragem – Contrato com empresa estrangeira e submissão ao direito público brasileiro. In: *Pareceres de direito administrativo*, 2011, p. 270.

13. Mesmo empresas estatais prestadoras de serviços públicos podem se submeter à arbitragem, desde que se trate de questão patrimonial e disponível, como o equilíbrio econômico-financeiro do contrato – v. STJ, DJ 28 fev. 2012, REsp 904.813/PR, Relª. Minª. Nancy Andrighi: "9. A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral. 10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere. 11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia."

14. STJ, DJ 14 set. 2006, REsp 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio Noronha: "São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste"; STJ, DJ 14 set. 2006, REsp 606.345/RS, Rel. Min. João Otávio Noronha; STJ, DJ 14 ago. 2006, AgRg no MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux: "Nestes termos, as sociedades de economia mista, encontram-se em

Mesmo o Tribunal de Contas da União, que mostrava certa resistência a tais arbitragens¹⁵⁻¹⁶, pois, supostamente, o interesse público estaria melhor protegido se as controvérsias fossem submetidas ao Judiciário¹⁷, mudou sua orientação inicial e passou a aceitar a celebração de convenções arbitrais pelas empresas estatais não só em contratos relativos à sua atividade-fim¹⁸, como também nos casos em que a utilização da arbitragem restasse justificada técnica e economicamente.

Posteriormente, decisão do TCU de 2013 admitiu a possibilidade de empresas públicas e sociedades de economia mista se submeterem à arbitragem ainda que sem autorização legal neste sentido¹⁹. Ao decidir o caso, o Tribunal

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 celebrar convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.”; STJ, DJe 28 fev. 2012, REsp nº 904.813/PR, Relª. Minª. Nancy Andrighi: “(...) não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos (...)”.

15. TCU, decisão 286/93, decisão 763/94, decisão 188/95, decisão 394/95, acórdão 584/03, decisão 215/04, acórdão 587/03, acórdão 631/03, acórdão 1271/05, acórdão 537/06 e acórdão 1099/06. Para mais informações sobre as referidas decisões v. Carmen Tiburcio, A arbitragem envolvendo a Administração Pública, *Revista de Direito do Estado* vol. 6, 2007, p.341.
16. V. Dennys Zimmermann, Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público, *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 4, 2007, p. 69: “No âmbito do Tribunal de Contas da União, verificou-se as mais acirradas objeções à utilização da via arbitral de solução de conflitos em contratos administrativos. Afirmava a E. Corte de Controle que, em sendo indisponível o interesse público, não poderiam os entes administrativos – a que impende velar pela sua escorrida gestão – renunciar ao exercício da jurisdição estatal em benefício da adoção de um mecanismo dissuasório alternativo.”
17. Cabe mencionar, entretanto, que o próprio arcabouço legal brasileiro afastaria o temor de que submeter a Administração a tal instituto colocaria em risco a defesa de seus interesses ou de que os mesmos estariam melhor protegidos se submetidos ao Judiciário. V. Selma Lemes, *Arbitragem na Administração Pública*, 2007, p. 78; Dennys Zimmermann, Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público, *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 4, 2007, p. 69: “A associação entre a adoção da via arbitral de solução de conflitos e a tutela do interesse privado (ou, melhor dizendo, do interesse dos parceiros privados da Administração) – em contraposição a, de outra banda, a associação entre a jurisdição estatal e a proteção do interesse público “subjacente ao contrato administrativo” – revela-se fruto de uma visão limitada e unidimensional do fenômeno arbitral, que não o leva em consideração sob os seus diferentes prismas e ângulos de visada.”
18. Selma Lemes, *Arbitragem na Administração Pública*, 2007, p. 136-137. V. TCU, DOU 11.set.2009, Acórdão 2.094/2009, Rel. Min. José Jorge, em que se reconheceu a validade das cláusulas compromissórias celebradas pela Petrobras, desde que restritas à “resolução de eventuais litígios a assuntos relacionados à sua área-fim e disputas eminentemente técnicas oriundas da execução dos aludidos contratos”. O ponto ficou ainda mais claro na manifestação de órgão técnico (Secob) do Tribunal que, reproduzida no relatório do acórdão, embasou a decisão proferida. Após citar a jurisprudência do STJ (REsp 612.439/RS), a Secob afirmou: “Em razão da natureza jurídica dos contratos celebrados por sociedades de economia mista, as contratações podem versar sobre direitos disponíveis ou indisponíveis. Entende-se que serão disponíveis somente aqueles relativos à área-fim da Petrobras ou suas subsidiárias, de cunho estritamente comercial, as quais a Constituição coloca em posição de igualdade com o regime jurídico das empresas privadas, nos termos do art. 173”. Como a exploração de energia é atividade-fim da ELN, está atendida a exigência do Tribunal.
19. TCU, DOU 22.ago.2013, Acórdão 2.145/2013, Rel. Min. Benjamin Zymler: “RELATÓRIO DE LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. OBRIGATORIEDADE DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS EM LÍNGUA PORTUGUESA PARA A PRODUÇÃO DE EFEITOS NO PAÍS. CONTRATAÇÃO NO MODELO “TURN KEY”. CONSIDERAÇÕES. PROVIMENTO PARCIAL. CIÊNCIA À RECORRENTE. (...) como regra geral, o compromisso arbitral não é cabível nos contratos administrativos, sendo as exceções objeto de específica disposição legal. 31. Há de se ver, contudo, a peculiar situação das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, as quais, consoante o disposto no inciso II do art. 173 da Constituição Federal, estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas. (...) em que pese a ausência de disposição legal específica (...), o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a possibilidade de utilização do instituto da

afastou-se de sua orientação anterior e passou a admitir a cláusula compromissória sem previsão legal, desde que preenchidas as seguintes condições: (i) compatibilidade com a prática do mercado no setor; e (ii) existência de justificativa sob o viés técnico e econômico. Interessante observar que o Tribunal deixou claro que a controvérsia a ser submetida à arbitragem não precisaria estar vinculada à atividade-fim do ente público. A permissão decorreu da aplicação do artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, envolvendo, portanto, empresas públicas e sociedades de economia mista no desempenho de atividade econômica. Todavia, o Tribunal não afirmou que apenas neste contexto admitir-se-ia a arbitragem, não limitando sua utilização a esta hipótese, portanto.

Nos anos anteriores à promulgação da Lei nº 13.129/2015, algumas controvérsias em torno do tema foram levadas ao STJ, que, reiteradamente, decidiu que não havia óbice à submissão à arbitragem de questões envolvendo sociedades de economia mista ou empresas públicas em duas situações: (i) na hipótese de os entes públicos desempenharem corriqueiramente atividade econômica; ou (ii) tratando-se de prestador de serviço público, quando o cerne da discussão fosse de cunho econômico. A seguir são apresentados, resumidamente, os principais casos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto.

O Recurso Especial nº 612.439-RS²⁰ foi interposto contra julgado do TJRS em que se decidiu que a existência de compromisso arbitral não teria condão de afastar a apreciação do litígio pelo Poder Judiciário. A Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), sociedade de economia mista, alegava que a AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. havia descumprido injustificadamente contrato firmado entre elas. A AES sustentou haver no contrato cláusula compromissória, requerendo a extinção do processo, o que foi rejeitado pela magistrada de primeira instância por entender que a CEEE, sociedade de economia mista prestadora de serviço público essencial, consistente na produção e distribuição

arbitragem pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica ganha respaldo diretamente do texto constitucional. 35. Essa linha de entendimento, consistente no reconhecimento de que alguns procedimentos dessas empresas exploradoras de atividade econômica podem ser justificados diretamente do texto constitucional, não é nova nesta Corte de Contas. Nesse sentido, o decidido no bojo de consulta mediante o Acórdão 1390/2004-Plenário, quando se concluiu que a essas estatais cabe a incidência mitigada das normas de licitação nas hipóteses de contratações relacionadas às atividades-fim. 36. Entretanto, há que se considerar também que essas entidades são integrantes da administração pública (...). 37. Desta feita, em que pese a jurisprudência do STJ não ter estabelecido limites para a utilização da cláusula arbitral – até porque a solução dos casos concretos não o exigiu – entende-se que a arbitragem somente deve ser utilizada em situações peculiares devidamente justificadas e de modo a se seguir a comprovada prática de mercado. (...) determinadas questões técnicas e econômicas, por sua complexidade, demandam conhecimento especializado para sua solução. Trata-se de situações em que a instituição de cláusula arbitral pode propiciar maior segurança jurídica às partes contratantes e contribuir para a regular execução do objeto contratual. 40. Esse entendimento, destaco, independe de se tratar a contratação de atividade fim ou não da empresa. Isto posto, entendo que a decisão impugnada deve ser alterada de forma que a utilização de cláusula arbitral não seja restrita à atividade fim da empresa, devendo entretanto ser justificada técnica e economicamente e ser de acordo com a prática de mercado.” (grifos acrescentados)

20. STJ, DJ 14.set. 2006, REsp 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha; STJ, DJ 6.jun. 2007, EDcl no REsp 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha.

de energia elétrica, não poderia abrir mão do devido processo legal sem a autorização do legislativo estadual, e que a via arbitral seria mera faculdade, a ser utilizada pelos litigantes somente de comum acordo. A decisão foi mantida em 2º grau, com base no argumento de que, nos termos do art. 5º, XXXV, da CF, é livre o acesso ao Poder Judiciário.

No Recurso Especial, a AES defendeu a obrigatoriedade da cláusula compromissória para a solução de conflitos surgidos na execução do contrato e alegou violação aos arts. 8º e 20 da Lei nº 9.307/96, já que os autos não haviam sido remetidos ao juízo arbitral, competente para julgar, em primeiro lugar, qualquer questão relativa à validade e eficácia da convenção arbitral, nos termos do princípio da *competência-competência*”.

Em seu voto, o Min. João Otávio de Noronha, relator, teceu algumas considerações a respeito da natureza jurídica da cláusula compromissória e dos efeitos decorrentes de sua inserção no contrato para decidir que (i) ao estipular no contrato cláusula compromissória, estará definitivamente imposta, como obrigatória, a via extrajudicial para solução dos litígios envolvendo o ajuste, não podendo o juízo arbitral ser afastado unilateralmente; e (ii) não se configuraria ofensa à Constituição.

O relator passou a analisar, então, e este o ponto de maior interesse para o tema, a possibilidade de uma sociedade de economia mista celebrar contrato de compra e venda com cláusula compromissória e concluiu:

“Submetida a sociedade de economia mista ao regime jurídico de direito privado e celebrando contratos situados nesta seara jurídica, não parece haver dúvida quanto à validade de cláusula compromissória por ela convencionada, sendo despicienda a necessidade de autorização do Poder Legislativo a referendar tal procedimento.

*Em outras palavras, pode-se afirmar que, **quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito** – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, **os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem**. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei n. 9.307/96 – estatui que ‘as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis’. Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem.” (negrito acrescentado)*

Destacou, então, o caráter comercial do objeto do litígio, concluindo pela inexistência de óbice ao recurso à arbitragem, nos seguintes termos:

*“estando o objeto do contrato de serviço público prestado pela entidade estatal estritamente vinculado à atividade econômica desenvolvida pela empresa estatal – no caso, venda de energia elétrica –, **inexiste óbice** a que seja pactuada a respectiva cláusula compromissória” (negrito acrescentado).*

O Mandado de Segurança nº 11.308-DF²¹, com pedido de liminar, fora impetrado pela empresa TMC – Terminal Multimodal de Coroa Grande – SPE – S/A contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, que, em portaria, anuiu com a rescisão de contrato de arrendamento procedida pela empresa Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A – NUCLEP, sociedade de economia mista, regida pela Lei das Sociedades Anônimas. O impetrante aduziu incompetência da autoridade coatora para rescindir tal contrato e violação de cláusulas contratuais, dentre as quais a que estipulava que as partes recorreriam à arbitragem antes de ingressar em juízo.

A liminar foi deferida e a União interpôs recurso sustentando a impossibilidade de sociedade de economia mista estabelecer cláusula arbitral em contrato administrativo de arrendamento, pois a arbitragem violaria interesse público, o qual foi desprovido. Opôs, então, embargos declaratórios reiterando os mesmos argumentos e apontando que, por prestar serviços públicos, a NUCLEP deveria submeter-se a regime jurídico de direito público e que, conseqüentemente, por tratar-se de um instituto privado, a arbitragem não poderia ser aplicada. Tais embargos restaram rejeitados e, instado a se manifestar, o *Parquet* Federal opinou:

*“In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante. **A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”** (negrito acrescentado)*

21. STJ, *DJe* 15.mai. 2008, MS nº 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux; STJ, *DJ* 14.ago. 2006, AgRg no MS nº 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux; STJ, *DJ* 30.jan. 2006, EDcl no AgRg no MS nº 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux.

O relator, Min. Luiz Fux, procedeu à análise dos limites jurídicos da possibilidade do Poder Público, por meio de sociedade de economia mista, estipular cláusula compromissória em contratos administrativos com particulares. Citou doutrina que sustenta a legalidade da submissão do Poder Público à arbitragem, mas asseverou que não é qualquer direito público que poderá ser sindicado na via arbitral, mas somente aqueles “disponíveis”, de natureza contratual ou privada:

“a sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado na mesma cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93”.

Não haveria, então, qualquer restrição quanto à possibilidade de sociedades de economia mista celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses. Assim, inadmitir tal estipulação em um contrato administrativo, firmado entre partes de natureza comercial, seria restringir em hipótese na qual a lei não o fez.

No caso, a arbitragem seria o mecanismo adequado para solução da controvérsia, visto tratar-se de relação contratual de natureza disponível. Assim, estaria afastada a jurisdição estatal, pois uma vez convencionada pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa. A União interpôs Agravo Regimental contra esta decisão, mas o relator decidiu que a agravante não trouxera nenhum argumento capaz de infirmá-la.

Assim como no primeiro caso mencionado, o Recurso Especial nº 606.345-RS²² foi interposto contra julgado em que se decidiu que a existência de compromisso arbitral não teria condão de afastar a apreciação de qualquer questão pelo Poder Judiciário. Novamente, a AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. defendeu a obrigatoriedade da submissão à arbitragem de conflitos surgidos na execução do contrato à arbitragem.

O relator, Min. João Otávio de Noronha, reconheceu identidade de questões com o já mencionado REsp nº 612.439-RS, reportando-se ao voto que proferiu na ocasião, entendendo não haver nada mais a acrescentar.

O Recurso Especial nº 904.813-PR²³ foi interposto pela Companhia Paranaense de Gás Natural – COMPAGAS – contra acórdão do TJPR, requerendo

22. STJ, DJ 8.ago. 2007, REsp nº 606.345/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha; STJ, DJ 1.fev. 2008, RE nos EDCl no REsp nº 606.345/RS; STJ, DJe 14.mar. 2008, EDcl no RE nos EDcl no REsp nº 606.345/RS.

23. STJ, DJe 28.fev. 2012, REsp nº 904.813/PR, Rel. Min^a. Nancy Andrighi; STJ, DJe 18.out. 2012, AgrG no REsp nº 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi; STJ, DJe 4.mar. 2013, EResp nº 904.813/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha.

declaração de nulidade de compromisso arbitral em face do Consórcio Carioca Passarelli, alegando, dentre outros, indisponibilidade do interesse público. A ação foi julgada improcedente, sob o argumento de que a controvérsia levada ao juízo arbitral se referia exclusivamente à recomposição da equação econômico-financeira, não se tratando de direito indisponível, de modo que nada obstaría a solução do conflito através do juízo arbitral.

A COMPAGAS interpôs apelação, cujo provimento foi negado pelo TJPR em ementa que consignou que *“a atividade desenvolvida pela autora, ou seja, a exploração dos serviços de gás canalizado, não constitui prestação de serviço público, mas atividade que se compreende no regime jurídico próprio das empresas privadas”*, entendendo ser admissível nos contratos administrativos a solução dos conflitos por meio de compromisso arbitral.

O recurso interposto pela COMPAGAS apontou dissídio jurisprudencial e violação de dispositivos legais, aduzindo novamente a invalidade/ineficácia do compromisso arbitral sem objeto determinado e ausência de previsão no certame licitatório acerca da solução de conflitos por meio de arbitragem. Tal recurso foi inadmitido pelo TJPR, tendo sido interposto agravo de instrumento da decisão denegatória, que foi provido para determinar a subida do especial.

O acórdão recorrido concluía, tendo em conta a disponibilidade dos interesses envolvidos e o regime jurídico de direito privado aplicável à hipótese, ser admissível a arbitragem. A relatora, Min^a. Nancy Andrichi, apontou que *“tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos”*.

A peculiaridade no presente caso se deveu ao fato de que no contrato celebrado, não fora estabelecida cláusula compromissória: o compromisso arbitral foi firmado posteriormente. Decidiu o tribunal que o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não o invalidaria, não havendo de se pensar em violação ao princípio da vinculação das partes ao edital de licitação. E tampouco a previsão do juízo arbitral vulneraria o conteúdo ou as regras do certame. Adicionalmente, sequer a existência de cláusula de eleição de foro no contrato constituiria óbice à arbitragem:

“não é incompatível com o juízo arbitral. Dentre as várias razões apontadas pela doutrina, pode-se mencionar: a necessidade de atuação do Poder Judiciário para a concessão de medidas de urgência; para a execução da sentença arbitral; para a própria instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável. (...) Especificamente, no âmbito do Poder Público, há ainda a questão da impossibilidade de instituição do

juízo arbitral para dirimir determinadas controvérsias que envolvem direitos indisponíveis, sendo necessária, portanto, a atuação da jurisdição estatal, cuja competência será fixada pela cláusula de foro prevista obrigatoriamente nos contratos administrativos. Esse, contudo, não é o caso dos autos (...), a controvérsia estabelecida entre as partes é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente (...)”.

A relatora observou também que a submissão à arbitragem pela assinatura de um compromisso arbitral, impugnada pela recorrente, foi um ato voluntário da Administração, de modo que tal atitude (de impugnar seu próprio ato) beiraria às raias da má-fé, além de ser evidentemente prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

Em síntese, no primeiro julgado, REsp nº 612.439-RS, a condição de sociedade economia mista prestadora de serviço público não foi considerada óbice para que a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE) inserisse cláusula compromissória em contrato de compra e venda por ela celebrado. A disputa envolvia direitos disponíveis, os quais poderiam ser dirimidos pela via da arbitragem. A conclusão foi reproduzida no REsp nº 606.345-RS, no qual, ao reconhecer identidade de questões com a demanda anterior, o relator (também o Min. João Otávio de Noronha), reproduziu, como razão de decidir, os termos de seu voto no acórdão anterior.

No MS nº 11.308-DF a controvérsia envolvia a Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A – NUCLEP (sociedade de economia mista que tem por objeto projetar, desenvolver, fabricar e comercializar componentes pesados relativos a usinas nucleares e a outros projetos), em contrato administrativo de arrendamento. Além de o próprio *Parquet* Federal haver opinado no sentido de que a arbitragem seria mecanismo adequado para a resolução da questão, visto tratar-se de relação contratual de natureza disponível, o relator, Min. Luiz Fux, também não viu restrição quanto à possibilidade de sociedades de economia mista celebrarem convenções arbitrais e acrescentou que impedir tal estipulação em um contrato administrativo, firmado entre partes de natureza comercial, significaria impor restrição não prevista em lei.

Por fim, no REsp nº 904.813-PR, interposto pela Companhia Paranaense de Gás Natural – COMPAGAS, sociedade de economia mista exploradora de serviços de gás canalizado (serviço público, conforme o art. 25, § 2º, da Constituição Federal²⁴), havia ainda a peculiaridade de não estar prevista nem no certame lici-

24. Art. 25, CRFB/88. “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 2º – Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.”

tatório nem no contrato a solução de conflitos por meio de arbitragem: o compromisso arbitral foi firmado posteriormente. Entendeu-se que este fato, entretanto, não o invalidaria, tampouco representaria violação ao princípio da vinculação das partes ao edital ou às regras do certame, visto serem disponíveis os interesses envolvidos e, portanto, aplicável o regime jurídico de direito privado.

À luz dos precedentes expostos, é possível perceber que o Superior Tribunal de Justiça chancelava a orientação favorável à possibilidade de arbitragem envolvendo a Administração Pública em dois diferentes cenários: (i) quando se tratava de sociedade de economia mista ou empresa pública exploradora de atividade econômica; ou (ii) na hipótese de empresa estatal prestadora de serviço público desde que a controvérsia a ser submetida a procedimento arbitral girasse em torno de direitos patrimoniais, ou seja, que a questão tivesse cunho econômico.

Em resumo, o entendimento majoritário na matéria apontava no seguinte sentido: como regra geral, para que fossem válidas, as convenções arbitrais firmadas por entes da Administração dependiam de prévia autorização legislativa (*princípio da legalidade*). A primeira exceção à regra envolvia empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, às quais se aplica o art. 173, § 1º, da Constituição²⁵. Em segundo lugar, era possível que empresa estatal prestadora de serviço público submetesse determinado litígio à arbitragem, desde que a controvérsia não envolvesse direito indisponível nem interesse público *primário*.

XII.3. ARBITRABILIDADE DOS LITÍGIOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ALTERAÇÕES PREVISTAS NO REGIME DA LEI Nº 13.129/2015

A Lei nº 13.129/2015, que reformou a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), entre outros pontos, admitiu de forma ampla a submissão da Administração

25. Essa é a orientação atual de Luís Roberto Barroso, Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Gustavo Binenbojm (Coord.), *Agências reguladoras e democracia*, 2006, p. 75-6 (nota nº 54): “Em parecer acerca de situação específica – envolvendo sociedade de economia mista prestadora de serviço público – fiz uma afirmação mais abrangente do que aquela que de fato corresponde ao meu pensamento na matéria. Em caso de serviços públicos dotados de essencialidade, em relação aos quais possa haver implicações para a soberania nacional, é razoável a exigência de lei autorizando a solução de conflitos por arbitragem internacional. Tal lógica não se estende aos casos de empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica. Isso porque o art. 173 da Constituição determina que tais entidades tenham, tanto quanto possível, regime jurídico equiparado ao das empresas privadas. (...) A regra, portanto, é a sujeição ao regime próprio das empresas privadas, as quais têm se valido cada vez mais da previsão de arbitragem em seus contratos, até mesmo como elemento de facilitação negocial e obtenção de financiamentos mais favoráveis. Essa foi, aliás, a ótica que prevaleceu na recente Lei nº 10.079/04, que disciplinou as chamadas parcerias público-privadas (PPPs)”. Também se manifesta nesse sentido em Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso, *Direito Constitucional Internacional*, 2013, p. 570-1.

Pública a tribunais arbitrais, sanando a controvérsia que existia a respeito. Trata-se de um reconhecimento explícito, por parte do Legislativo, de que a opção pela arbitragem não apenas pode ser útil e vantajosa para o Poder Público, mas serve também para contribuir para a célere resolução de conflitos²⁶.

A seguir, abordam-se as principais questões relativas a procedimentos arbitrais envolvendo a administração pública à luz da Lei nº 13.129/2015, iniciando pela arbitrabilidade do litígio²⁷.

XII.3.1. Arbitrabilidade do litígio

XII.3.1.1. Arbitrabilidade subjetiva

Em geral, a arbitrabilidade subjetiva de um litígio depende apenas da *capacidade* das partes envolvidas. É o que dispõe o art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) que, em sua primeira parte, somente admite a participação em arbitragens de *pessoas capazes de contratar*²⁸. A *ratio* da norma é autoevidente: a opção pelo juízo arbitral não se presume, nem pode ser imposta, devendo decorrer da vontade expressa das partes, em geral, formalizada por escrito²⁹. Aqueles que não tenham adquirido a plena capacidade civil – que no direito brasileiro é determinada pela lei do lugar em que tenham domicílio, no caso de pessoas naturais (LINDB, art. 7º)³⁰, ou, em se tratando de pessoas jurídicas es-

-
26. Nas palavras do Deputado Edinho Araújo, relator do projeto que resultou na Lei nº 13.129/2015 na Comissão Especial da Câmara dos Deputados: “*De fato, a arbitragem é uma alternativa ao Judiciário, mas não é uma ameaça. O Judiciário continua sendo responsável por dirimir todos os conflitos sobre direitos indisponíveis. Além disso, um Judiciário desafogado é interesse de todos os cidadãos. O Judiciário é o esteio do Estado de Direito. Pode-se dizer que o Judiciário não precisa da arbitragem, mas se beneficia pelo seu uso. A arbitragem não é aplicável em um contexto de desordem institucional e jurídica, de modo que a arbitragem precisa de um Judiciário forte*”. Parecer disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1265779&filename=PR-L+2+PL710814+%3D%3E+PL+7108/2014>. Acesso em: 24.ago.2021. O trecho transcrito encontra-se na p. 6.
27. Para uma análise mais aprofundada do tema, V. Carmen Tiburcio e Thiago Magalhães Pires, Arbitragem envolvendo a Administração Pública: Notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2015, *Revista de Processo*, vol. 254, 2016.
28. Art.1º, Lei nº 9.307/96: “*As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. Na mesma linha dispõe o Código Civil, em seu art. 851: “*É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar*”. A cláusula arbitral é um negócio jurídico e, portanto, a sua validade pressupõe a observância dos requisitos do art. 104 do Código Civil, que inclui as partes serem capazes.
29. Arts. 3º, 4º e 9º, Lei nº 9.307/96: “*Art. 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º. A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. (...) Art. 9º. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º. O compromisso arbitral judicial celebrará por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º. O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público*”.
30. Art. 7º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42): “*Art. 7º. A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família*.”

trangeiras, pela legislação do local em que se constituírem (LINDB, art. 11)³¹ –, por não poderem validamente vincular-se pela manifestação de sua vontade, estão impedidos de se submeterem à arbitragem.

Portanto, como regra geral, pessoas jurídicas brasileiras (vale dizer: constituídas de acordo com as leis brasileiras e possuindo sede no Brasil), plenamente capazes, são aptas, em tese, a submeter litígios à solução pela via de procedimentos arbitrais. Nada obstante, no regime anterior, a presença de entidade da Administração Pública brasileira tornava o ponto mais complexo, tendo suscitado controvérsias³².

Em princípio, a mesma competência que autoriza esses entes a firmar contratos para criar, modificar, ceder ou extinguir seus direitos e obrigações lhes permitiria também firmar uma convenção de arbitragem. Porém, a presença do interesse público na gestão e/ou nas funções dessas pessoas jurídicas demandava um aprofundamento adicional. Como visto anteriormente, o principal óbice, aqui, era o princípio da legalidade (CF/88, art. 37, *caput*), segundo o qual, na sua acepção tradicional, a Administração Pública não pode agir, senão com autorização legal.

Por outro lado, registre-se que o princípio da legalidade já vinha sofrendo importantes mutações por parte da doutrina. A Administração Pública, na verdade, encontra-se vinculada à observância da *juridicidade*, conceito que supera a mera observância das leis³³. De fato, mesmo antes das alterações legislativas de 2015, já havia quem sustentasse que, sendo capazes na esfera civil, as entidades da Administração já poderiam considerar-se autorizadas a optar pela solução arbitral de controvérsias pelo próprio art. 1º da Lei da Arbitragem, que não distingue entidades públicas e privadas³⁴. Não constituiria, portanto, violação a qualquer preceito legal a escolha da arbitragem para solucionar desentendimentos envolvendo a Administração, desde que em contratos que se referissem

31. Art. 11, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42): “Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem”. V. Carmen Tiburcio, Disciplina legal da pessoa jurídica à luz do direito internacional brasileiro, *Revista Semestral de Direito Empresarial*, vol. 8, 2011, p. 175.

32. Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, 2003, p. 389.

33. Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo*, 2008, p. 143: “A ideia de *juridicidade administrativa* traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição. A *juridicidade administrativa* poderá, portanto: (I) decorrer diretamente da normativa constitucional; (II) assumir a feição de uma vinculação estrita à lei (formal ou material); ou (III) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos (e sua peculiar disciplina) estabelecidos constitucionalmente.”

34. Nesse sentido, v. Selma Lemes, *Arbitragem na Administração Pública*, 2007, p. 115.

a questões negociais³⁵. O ponto será retomado no tópico referente à arbitrabilidade objetiva.

De fato, inexistente razão que justifique a submissão necessária da Administração à via judicial. Nada impede que, diante da pretensão de um contratante, o Poder Público reconheça espontaneamente um erro que tenha cometido e o corrija – muito ao contrário, o que se espera justamente é que o faça³⁶. Igualmente, a entidade da Administração poderia submeter a questão à arbitragem³⁷, quando essa fosse a solução mais benéfica: de maneira mais imediata, a arbitragem oferece, ao conflito, resposta mais breve e formulada por especialistas no tema; em perspectiva mais ampla, permite atrair melhores contratantes e propostas, em áreas em que a submissão à arbitragem seja praxe no mercado em questão. Em resumo, sua adoção representa diminuição no custo de transação e economia de recursos públicos³⁸.

A Lei nº 13.129/2015 deu sequência ao desenvolvimento do tema, autorizando explicitamente a celebração de convenções arbitrais pelas entidades da Administração, qualquer que seja sua natureza – *i.e.*, entes políticos, autarquias, fundações e empresas estatais, além dos consórcios que instituírem na forma da Lei nº 11.107/2005. As dúvidas que permaneciam, portanto, dissiparam-se com a edição do novo diploma³⁹.

Mesmo após a edição da lei, contudo, há ainda casos em que a arbitrabilidade subjetiva de entidades da Administração Pública é posta em discussão, como no recente caso julgado pelo STJ quanto à possibilidade da União ser parte de uma arbitragem movida por acionistas minoritários da Petróleo Brasileiro S.A – Petrobras, uma sociedade de economia mista. Nesse caso, o STJ entendeu, por maioria, que a União não poderia ser parte deste procedimento arbitral – com base em fundamentos que vão desde à ausência de lei autorizativa na época da inclusão da convenção de arbitragem no Estatuto Social da Petrobras à interpretação do alcance da cláusula compromissória pactuada (STJ, DJe 11.fev.2020, CC nº 151.130, Rel. Min. Luís Felipe Salomão).

35. Selma Lemes, *Arbitragem na Administração Pública*, 2007, p. 107.

36. Caio Tácito, *Arbitragem nos litígios administrativos*, *Revista de Direito Administrativo* vol. 210, 1997, p.114.

37. V. Arnoldo Wald e André Serrão, Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões, *Revista de Direito Administrativo* vol 16, 2008, p. 11: “Se, durante muito tempo, tivemos dúvidas e polêmicas em relação à sujeição do Poder Público à arbitragem, podemos afirmar que, nos dois últimos anos, firmou-se definitivamente, nos planos legislativo, jurisprudencial e doutrinário, a convicção sobre a validade da cláusula compromissória nos contratos de direito administrativo, abrangendo não somente as sociedades de economia mista e as agências reguladoras, mas também o próprio Estado.”

38. Selma Lemes, *Arbitragem na Administração Pública*, 2007, p. 35.

39. A Lei nº 13.129/2005 incluiu o parágrafo primeiro ao art. 1º da Lei nº 9.307/96 com a seguinte redação: “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Ademais, há ainda dois elementos importantes que devem ser ressaltados. Em primeiro lugar, a edição de lei nacional sobre o tema é relevante por envolver matéria contratual e processual (CF/88, art. 22, I) e por se tratar de norma geral relativa aos contratos celebrados pela Administração (CF/88, art. 22, XXVII). No entanto, isso não quer dizer que o obstáculo imposto pelo princípio da legalidade tenha sido totalmente superado. Com efeito, a exigência de lei, neste particular, está associada ao princípio da separação de poderes (CF/88, art. 2º) e, particularmente, ao princípio democrático. No espaço deixado pela Constituição, cabe à lei manifestar a “vontade” suprema do Estado e, sendo o interesse público indisponível para a Administração, é preciso que o responsável pela celebração de uma convenção arbitral se reporte a uma prévia decisão legislativa sobre o tema. Em uma federação, a coletividade cuja “vontade” é relevante é definida pelos interesses e competências em jogo: cabe, assim, apenas à lei de cada entidade política definir suas próprias preferências em matéria de arbitragem (e.g., em que contratos, envolvendo quais questões, até que valor, admite-se a celebração de convenção arbitral).

Dessa forma, embora seja muito relevante, a lei nacional – responsável por disciplinar a matéria de fundo, processual e contratual – não substitui a manifestação de vontade das outras esferas federativas, que são livres para decidir se e quando optarão pela arbitragem. Naturalmente, a Lei nº 13.129/2015 é suficiente para a União e para os entes que integram sua Administração indireta, bem como para os Territórios, na hipótese de serem criados. Quanto aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades que constituírem, como o art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996 é norma geral, nada impede sua invocação imediata como fundamento para a submissão de uma matéria à solução arbitral.

No entanto, considerando que a competência da União em matéria de contratos da Administração não exclui a disciplina suplementar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF/88, arts. 24, § 2º, e 30, II),⁴⁰ é possível e conveniente que eles editem leis próprias, não para disciplinar o tema de fundo – reservado à lei federal –, mas para indicar se e quando os entes de sua Administração podem ou não recorrer à solução arbitral e quais os limites a serem observados. Alguns estados inclusive já editaram normas nesse sentido, como, por exemplo, Rio de Janeiro (Decreto/RJ nº 46.245/2018), São Paulo (Decreto/

40. Embora a matéria não esteja incluída no art. 24, mas no art. 22, a limitação da competência da União à edição de normas gerais atrai a disciplina própria das competências concorrentes. Nesse sentido, v. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 1995, p. 477; Ives Gandra Martins, Comentário ao art. 22. In: Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 1992, vol. 3, t. 1, p. 243; e Thiago Magalhães Pires, *As competências legislativas na Constituição de 1988*, 2015, p. 195.

SP nº 64.356/2019) e Minas Gerais (Lei Estadual nº 19.477/2011), cuja lei inclusive é anterior às alterações da lei federal.

Feito esse registro, pode-se passar ao segundo ponto. Tal como incluído pela Lei nº 13.129/2015, o art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.307/1996 estabelece que, na Administração direta, a competência para “celebrar” a convenção de arbitragem recai sobre o órgão competente para realizar acordos ou transações. A redação do dispositivo não foi muito feliz. Como se sabe, a convenção pode se materializar em uma cláusula compromissória – que, embora autônoma, integra um contrato – ou em um compromisso arbitral, elaborado diante de um litígio já existente (Lei nº 9.307/1996, arts. 3º, 4º, 8º e 9º).

Ocorre que, na realidade do Poder Público – ao menos na Administração direta –, costumam ser diversos os órgãos que (i) celebram os contratos; e (ii) firmam transações judiciais (nos contratos, a unidade administrativa envolvida – Estados, Municípios, Autarquias, etc. –; nas transações judiciais, o órgão de advocacia pública – Advocacia Geral da União, Procuradoria do Estado, Procuradoria do Município, etc.). Levar ao extremo a concentração da competência na autoridade responsável pela celebração de acordos faria com que os advogados públicos tivessem de assinar todos os contratos que contivessem cláusulas compromissórias – o que, naturalmente, não faz sentido. E ainda conduziria à suposição (equivocada) de que a opção pela arbitragem seria uma decisão técnico-jurídica, tendo em vista os órgãos escolhidos.

Essa não parece ter sido a intenção do legislador⁴¹ e, de todo modo, não corresponde à melhor leitura da lei. A submissão (ou não) de um litígio, atual ou potencial, à via arbitral não decorre de uma avaliação meramente jurídica. Sem dúvida, há elementos jurídicos a serem considerados (como a arbitrabilidade objetiva), mas é igualmente evidente que eles não esgotam a reflexão a ser feita. Do fato de a opção pela arbitragem ser viável juridicamente não decorre que se deva ou mesmo que seria preferível fazê-lo. Há aqui um inevitável espaço de discricionariedade, a ser preenchido por um juízo de conveniência e oportunidade⁴² que parece conduzir à conclusão de que só as mais elevadas

41. Nessa linha, foi rejeitada pelo Senado, nesta parte, a Emenda nº 7, que pretendia atribuir aos órgãos de representação judicial da Fazenda Pública a competência para celebrar convenções arbitrais. Ao fundamentar a rejeição dessa proposta, o Relator, Senador Vital do Rêgo, afirmou: “No que tange à autoridade ou órgão competente para celebrar a convenção de arbitragem, penso ser mais adequado estabelecer, como faz o PLS nº 406, de 2013, que será aquele competente para a celebração de acordos ou transações, o que não exclui a atuação do profissional da Advocacia Pública, certamente imprescindível para a boa defesa técnica da pessoa jurídica de direito público que represente”. V. Adendo ao Parecer. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412856&disposition=inline>>.

42. Isso é facilmente demonstrado pelo Decreto nº 10.025/2019, que no artigo 6º caput e § 1º estabelece que: “Art. 6º Na hipótese de ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto. § 1º Será dada preferência à arbitragem: I – nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente

autoridades de cada pasta, órgão autônomo ou Poder, ou dirigente da empresa, fundação ou autarquia, por sua posição institucional, poderiam realizar (sem prejuízo da possibilidade de delegação)⁴³.

A melhor solução parece ser a combinação do controle jurídico das minutas de edital⁴⁴ e contrato – exigida nos termos do art. 53 da Lei nº 14.133/2021⁴⁵ – com a competência decisória da autoridade pertinente, na linha do que prevê, em relação à transação, o art. 1º, § 1º, da Lei Federal nº 9.469/1997⁴⁶. Naturalmente, caberá à legislação específica de cada ente federativo definir a quem atribuirá essa competência, tendo em vista, *e.g.*, o objeto dos contratos e/ou seu valor. Demonstrada a arbitrabilidade subjetiva do litígio, resta examinar se o litígio em si pode ser submetido à arbitragem.

XII.3.1.2. Arbitrabilidade objetiva

A arbitrabilidade objetiva está prevista na parte final do art. 1º, a qual apenas admite a arbitragem “*para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”⁴⁷⁻⁴⁸. Isso significa que as partes só podem optar pelo juízo arbitral quando se cuidar de direitos sobre os quais tenham pleno poder de disposição – afinal, se podem até cedê-los ou renunciar a eles, podem também submetê-los à decisão de um árbitro. Embora a regra, no Direito Privado, seja a

técnicos; e II – sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa: a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou b) inibir investimentos considerados prioritários”.

43. Há um interessante caso de uma lei municipal que dispunha que a arbitragem deveria ser priorizada como forma de composição de litígios sempre que houver previsão legal para a sua instituição. Essa lei foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo ao argumento de que a competência para celebrar convenção arbitral seria do poder executivo e que a estipulação de que a arbitragem seria o meio preferencial de solução de controvérsias representaria uma interferência indevida do poder legislativo municipal: TJSP, j. 13.maio.2020, Órgão Especial, ADI 2212809-43.2019.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli.
44. A Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo padronizou as cláusulas compromissórias a serem inseridas nos contratos de parcerias público-privadas. O ponto é controvertido, mas digno de nota. V. Fernando Martines, São Paulo padroniza cláusula arbitral em contratos de PPPs e gera polêmica, *Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-11/sp-padroniza-clausula-arbitral-contratos-gera-polemica>>.
45. Art. 53, Lei nº 14.133/2021: “*Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.*”.
46. Art. 1º, §4º, Lei nº 9.469/1997: “*Quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o caput.*”
47. Selma Lemes, *Arbitragem na Administração Pública*, 2007, pp. 116 e 124.
48. Sobre arbitrabilidade objetiva comparando o sistema brasileiro com os sistemas estadunidense e francês: (i) Sônia de Almendra Freitas Portella Nunes, *Apontamentos sobre Arbitrabilidade de Litígios da Administração Pública no Brasil e Contraponto com os Estados Unidos da América*. Publicações da Escola da AGU, n. 16, mar. 2012, p. 253-282 e (ii) Kaline Ferreira, *Arbitragem e os Litígios Envolvendo Entes Públicos no Brasil e na França*. Interesse público, v. 20, n. 108, mar./abr. 2018, p. 93-113.

disponibilidade dos direitos e, com isso, a arbitrabilidade das lides⁴⁹, não é isso que se verifica no Direito Público. Na seara administrativa, em que prevalece a *indisponibilidade do interesse público*, a questão apresenta nuances e contornos especiais: por não serem titulares dos direitos em jogo, os administradores públicos não têm poder de disposição direta sobre eles. Dessa forma, quando se trata de arbitragem envolvendo o Estado ou suas subdivisões, faz-se necessário analisar não só a capacidade do ente de direito público firmar compromisso arbitral, mas também a matéria que será submetida a esse procedimento⁵⁰.

A adequada compreensão do ponto exige cautela. Um frequente equívoco na matéria é a confusão entre o *interesse público* propriamente dito – também chamado de *interesse público primário* – e o *interesse da Administração Pública* – ou *interesse público secundário*⁵¹.

Aquele diz respeito aos próprios fins do Estado, *i.e.*, aos objetivos que justificam a existência da sociedade política, em particular a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana pela tutela e efetivação dos direitos fundamentais⁵². Já o segundo corresponde aos interesses instrumentais ou acessórios do Poder Público, como o aumento na arrecadação e a redução das despesas.

Enquanto o interesse público primário é verdadeiramente indisponível por sua natureza, o interesse secundário pode ser – e frequentemente é – objeto de disposição por parte do Estado⁵³. Muitas vezes, a própria satisfação do interesse

49. Há, no entanto, exceções – v. art. 852, Código Civil: “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”

50. Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, 2003, p. 389.

51. A diferença remonta a Renato Alessi, *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, 1974, p. 226-7: “Questi interessi pubblici, collettive, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l'interesse dell'Amministrazione intesa come apparato organizzativo autonomo, sibbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse dell'apparato, se può esser concepito un interesse dell'apparato unitariamente considerato, sarebbe semplicemente uno degli interessi secondari che si fanno sentire in seno alla collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l'interesse collettivo primario”. Sua aplicação ao direito brasileiro é pacífica. V., por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 56-8; Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, 2015, p. 132/140.

52. Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, 2015, p. 140: “3.8.1 A indisponibilidade do interesse antecede a sua publicação. Recolocando o problema em outros termos, um interesse é público por ser indisponível, e não o inverso. Por isso, é incorreto afirmar que algum interesse, por ser público, é indisponível. A indisponibilidade não é consequência da natureza pública do interesse – é justamente o contrário. O interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado.

3.8.2 O fundamento da indisponibilidade: os direitos fundamentais

Adota-se o entendimento de que os direitos fundamentais apresentam natureza indisponível. O núcleo do direito administrativo reside não no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis. A invocação ao interesse público toma em vista a realização de direitos fundamentais. O Estado é investido do dever de promover esses direitos fundamentais nos casos em que for inviável a sua concretização pelos particulares, segundo o regime de direito privado’.

53. Eros Roberto Grau, *Arbitragem e contrato administrativo*. *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 32, 2000, p. 20: “(...) é evidente que, quando se afirma que a arbitragem se preste a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, isto não significa não possa a Administração socorrer-se dessa via visando ao mesmo fim. Pois não há