

29

jan / fev / mar 2011

Revista Brasileira de
A R B I T R A G E M



Comitê Brasileiro de Arbitragem



Idioma, Sede e Lei Material Estrangeiros na Arbitragem com a Administração Pública

AMANDA ATHAYDE LINHARES MARTINS

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Administradora com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UNA. Vencedora do 1º Lugar no Concurso de Monografias do CBAr. Ex-estagiária da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), em Paris. Servidora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça.

RESUMO: O presente trabalho estuda a admissibilidade da arbitragem com a Administração Pública quanto à utilização de idioma estrangeiro, sede no exterior e/ou lei material estrangeira. O texto inicia-se com a abordagem da arbitrabilidade no Brasil, nos seus aspectos subjetivo e objetivo. Argumenta-se pela admissibilidade dessa arbitragem quando da atuação da Administração Pública com *ius gestionis*, sendo necessária a quebra de três paradigmas: primeiro que a indisponibilidade do interesse público não se contrapõe necessariamente à disponibilidade do interesse patrimonial; segundo que não há conflito de competência entre regra instituidora de foro legal exclusivo e validade ou efeitos da convenção arbitral; e terceiro que não há incompatibilidade entre a confidencialidade da arbitragem e o princípio da publicidade. Expõe-se, por meio de uma análise casuística, a comprovação fática dessa admissibilidade. Propõe-se, ainda, a discussão acerca da utilização de um idioma estrangeiro em arbitragem com a Administração Pública, em face do princípio da publicidade; da utilização de uma sede no exterior, em face do princípio da imunidade de jurisdição; e da utilização de uma lei material estrangeira, em face do princípio da segurança jurídica e da ordem pública. Por fim, argumenta-se pela admissibilidade da arbitragem com a Administração Pública, seja em idioma estrangeiro com publicidade restrita ou com o procedimento arbitral traduzido, seja em sede no exterior, pelo instituto da imunidade relativa de jurisdição, seja com lei material estrangeira, nos limites de sua compatibilidade com a ordem pública brasileira.

ABSTRACT: This paper studies the admissibility of arbitration with the Public Administration. The text begins by approaching the arbitrability in Brazil in its subjective and objective aspects. It is argued that the arbitration is admissible when the Public Administration acts in its *ius gestionis*. The fall of three paradigms are required to reach that conclusion. Firstly, that the unavailability of the public interest is not necessarily opposed to the availability of the proprietary interest. Secondly, that there is no jurisdictional conflict between the rule establishing the exclusive legal jurisdiction and the arbitration clause. Thirdly, that there is no incompatibility between confidentiality in arbitration and the principle of publicity. The factual proof of admissibility is explained through a case analysis. Finally, the following discussions are proposed: the use of a foreign language in the procedure, in light of the principle of publicity, the existence of a place of arbitration abroad, in face of the principle of immunity of jurisdiction, and the use of a material law from another country, given the principle of legal certainty and public order. The conclusion that is argued is the admissibility of arbitration with the Public Administration on those contexts.

SUMÁRIO: 1 Da arbitrabilidade no Brasil; 1.1 Da arbitrabilidade subjetiva; 1.2 Da arbitrabilidade objetiva; 2 A admissibilidade da arbitragem com a Administração Pública; 2.1 Da quebra de três pa-

radigmas; 2.1.1 Indisponibilidade do interesse público x disponibilidade do direito patrimonial; 2.1.2 Foro legal x cláusula compromissória; 2.1.3 Publicidade x confidencialidade; 2.2 Análise casuística da admissibilidade da arbitragem na Administração Pública; 2.2.1 Arbitragem com a Administração Pública; 2.2.2 Arbitragem com a Administração indireta; 2.2.3 Arbitragem na Lei de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/1995); 2.2.4 A arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004); 2.2.5 Outras previsões legislativas de arbitragem; 2.2.6 Arbitragem como norma obrigatória nos contratos de empréstimo e financiamento das instituições multilaterais fomentadoras; 3 Idioma, sede e lei material estrangeiros em arbitragem com a Administração Pública; 3.1 Problemática do idioma estrangeiro em arbitragem com a Administração Pública; 3.2 Problemática da sede estrangeira em arbitragem com a Administração Pública; 3.3 Problemática da lei material estrangeira em arbitragem com a Administração Pública; Conclusão.

1 DA ARBITRABILIDADE NO BRASIL

“O nosso país ainda não tem a cultura de arbitrar”¹. A constatação de Moreira Neto, há mais de dez anos, ainda permanece verdadeira, para o pesar dos que veem na arbitragem um eficiente método para a solução de conflitos, capaz de auxiliar o “afogado” Judiciário na garantia de efetividade processual.

Nas condições atuais, o sistema monopolístico de distribuição de justiça provoca um inevitável e crescente acúmulo de pendências no Judiciário. Tornou-se indispensável a adoção de fórmulas adicionais de solução de conflitos, em especial a revitalização dos sistemas extrajudiciais (como a conciliação², a mediação³ e a arbitragem⁴), no que Cappelletti denominou a “terceira onda” de movimento universal de acesso à justiça⁵.

Conceitualmente, a arbitragem foi definida por Carmona⁶ como a técnica de solução de controvérsias “através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo

1 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 209, jul./set. 1997. p. 81.

2 A conciliação consiste no método extrajudicial de solução de litígios, em que um terceiro, neutro/imparcial, de confiança das partes (pessoas físicas ou jurídicas), por elas livre e voluntariamente escolhido, intervém entre elas (partes), agindo como um “conciliador”, que intervém na relação a fim de propor soluções equânimes e razoáveis para o litígio.

3 A mediação é um meio alternativo de solução de controvérsias, litígios e impasses, em que um terceiro, neutro/imparcial, de confiança das partes (pessoas físicas ou jurídicas), por elas livre e voluntariamente escolhido, intervém entre elas (partes), agindo como um “facilitador”, que nada decide, mas apenas auxilia as partes a encontrarem a solução para as suas pendências.

4 Posição corroborada por SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. In: *Direito administrativo em debate*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 450.

5 CAPPELLETTI, Mauro. Relatório de Abertura do Simpósio Jurídico W. G. HART, sobre Justiça Civil e suas alternativas, 1992. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Londres: Institute of Legal Advanced Studies, v. 326, abr./maio/jun. 1994.

6 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996* [1]. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 33.

com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão tomada destinada a assumir eficácia de sentença judicial”. Esse conceito ressalta a essência da arbitragem como método de solução de conflitos derivado da autonomia da vontade, a “neutralização”⁷ da jurisdição e a vinculação das partes à decisão final do Juízo Arbitral.

Strenger⁸, por sua vez, define arbitragem como a “instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais”. Por esta definição, ressalta-se quem são as partes capazes de arbitrar, entendidas como aquelas de direito público e de direito privado.

Finalmente, define Garcez⁹ a arbitragem privada como técnica que visa a solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, que possam ser valoradas economicamente, em que as mesmas possam dispor livremente em termos de transação e de renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros – os quais têm poderes para, assim, decidir pelas partes, por delegação expressa destas, por meio de uma convenção privada, sem terem sido investidos nessas funções pelo Estado. Nesse conceito, frisa-se o caráter patrimonial da arbitragem, sua flexibilidade quanto à escolha dos árbitros e a possibilidade de as partes definirem a lei material aplicável.

Desta feita, sinteticamente concluem Lew, Mistelis e Kroll¹⁰ que a arbitragem possui quatro traços fundamentais: ser uma alternativa às Cortes nacionais, ser um mecanismo de solução privada dos conflitos, ser selecionada e controlada pelas partes e, finalmente, resultar em uma decisão final e vinculante a respeito dos direitos e das obrigações das partes.

Isso posto, para fins do presente trabalho, sem o pretensioso intuito de exaurir a matéria, entendo arbitragem como o método de solução extrajudicial de controvérsias, entre pessoas capazes de contratar (físicas ou jurídicas), fundada no consenso, que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, realizada por meio da atuação de árbitros imparciais e de confiança das partes, com poderes para decidir o litígio em um laudo arbitral final e vinculante.

7 Esse termo foi utilizado por José Eduardo Carreira Alvim, para explicar que da escolha das partes de resolverem o conflito por arbitragem não se pode inferir qualquer renúncia ou revogação, pois apenas estar-se-ia neutralizando a jurisdição estatal (*Direito arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 104).

8 STRENGER, Irineu. *Comentários à lei de arbitragem brasileira*. São Paulo: São Paulo, 1998. p. 17.

9 GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional – Progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 29.

10 LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. Haia/Londres/Nova Iorque: Kluwer Law International, 2003. para. 1-7.

Estabelecida uma breve base conceitual da arbitragem, resta imprescindível passar à análise da arbitrabilidade no Brasil, com fundamento na Lei nº 9.307/1996 (doravante “LAB”). Reza seu art. 1º¹¹ que as pessoas capazes de contratar podem se valer da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Assim, para que a convenção arbitral tenha validade, não basta a vontade das partes capazes e a isenção dos vícios, mas, também, que a disputa seja objetivamente possível de ser solucionada por arbitragem. Assim, a questão da arbitrabilidade é estudada sob as perspectivas subjetiva (1.1) e objetiva (1.2).

1.1 DA ARBITRABILIDADE SUBJETIVA

Para Moreira Neto¹², a arbitrabilidade subjetiva diz respeito à capacidade da pessoa de estatuir sobre seus bens e serviços. A capacidade da pessoa pode ser tanto de direito (aquisição ou gozo de direito), que todos possuem, quanto de fato (de exercício de direito), que é a aptidão para exercer pessoalmente os atos da vida civil. A capacidade que fundamenta a arbitrabilidade subjetiva é a de fato, pois a instituição do Juízo Arbitral pressupõe a disponibilidade do direito (art. 1º da LAB), razão pela qual aqueles que tenham apenas poderes de administração e os incapazes não poderão instaurar o processo arbitral.

A regra do direito civil é a capacidade, e a incapacidade é a exceção. Sendo assim, há que se averiguar a capacidade de fato da pessoa a fim de se estatuir a arbitrabilidade subjetiva, que, segundo Carmona¹³, é condição *sine qua non* para se firmar convenção arbitral.

Em se tratando da pessoa jurídica de direito público que é o Estado, sujeito de direitos e de obrigações e capaz de contratar, i.é, detentor de capacidade de direito e de fato, tem-se que este pode ser parte em arbitragem sob o aspecto da arbitrabilidade subjetiva.

1.2 DA ARBITRABILIDADE OBJETIVA

A arbitrabilidade objetiva no Brasil consiste na adequação do objeto da lide ao conceito de “direito patrimonial disponível”, consoante art. 1º da LAB.

Disponível, para Carmona¹⁴, seria aquele direito que pode ser exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o

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

12 Moreira Neto, op. cit., p. 32.

13 Carmona [1], op. cit., p. 55.

14 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996* [2]. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 324.

cumprimento do preceito sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado por sua infringência. Para Moreira Neto¹⁵, a disponibilidade refere-se à própria negociabilidade, ou seja, estar o direito patrimonial juridicamente livre para o mercado. Assim, nesta linha de raciocínio, afirma o autor que no mercado tudo seria disponível, como corolário inafastável dos princípios constitucionais fundamentais.

Ocorre que, em virtude de lei, são indisponíveis no Direito brasileiro os direitos que se referem a litígios que dependam exclusivamente de sentença judicial, como é o caso de inventário de bens localizados no Brasil (art. 89 do CPC), os relativos a processos de insolvência, ao Estado e à capacidade das pessoas (art. 92 do CPC), àqueles que tenham natureza alimentar, falimentar, fiscal, causas de interesse da Fazenda Pública, bem como causas relativas a acidentes de trabalho e resíduos (§ 1º do art. 3º da Lei nº 9.099/1995), que necessariamente tenham como parte o Ministério Público, ou naquelas em que haja interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte (art. 82 do CPC)¹⁶. Esta última hipótese, relativa ao interesse público, carece de maior estudo pela doutrina brasileira, pois ainda se encontra rodeada de mitos e de preconceitos. Por tal razão, a admissibilidade da arbitragem com a Administração Pública será estudada a seguir.

2 A ADMISSIBILIDADE DA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo Garcez¹⁷, nas últimas décadas tem ocorrido uma relativa “amenização” da soberania do Estado, em especial na área de comércio exterior, representando uma autolimitação imposta voluntariamente pelos Estados em relação a suas prerrogativas de imunidade e de jurisdição, com vistas à obtenção de vantagens na solução de seus conflitos e nos resultados comerciais e econômicos a serem alcançados pelo País e pelos seus agentes econômicos. Um dos reflexos dessa “amenização” seria a tendência atual de aceitação de que a Administração Pública possa adotar a arbitragem em relação aos contratos que celebre. Essa tendência modifica um passado recente, em que a produção jurisprudencial e parte da doutrina interpretavam restritivamente a possibilidade de entidades estatais participarem de procedimentos arbitrais.

15 Moreira Neto, op. cit., p. 83.

16 Quanto às demais restrições, Carmona busca, ainda, relativizá-las, ao relacionar o elemento da disponibilidade ao de patrimonialidade. Patrimonial seria a característica daquele direito que suscita mensuração de valor comercial. Neste sentido é que o mesmo autor sustenta a viabilidade de uma solução extrajudicial por arbitragem, mesmo quando a natureza da questão for indisponível, desde que se esteja diante da existência de consequências patrimoniais (posicionamento controverso) (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*, 2. ed., p. 56).

17 Garcez, op. cit., p. 72.

Entende-se, atualmente, que o uso da arbitragem não é apenas possível, mas também recomendável, vez que privilegia uma forma célere de atendimento do interesse público¹⁸. Essa questão foi evocada por Eros Grau¹⁹, que sustentou que a Administração realiza melhor seus fins e sua tarefa convocando as partes a contratarem e a resolverem as controvérsias de direito e de fato perante o Juízo Arbitral do que denegando o direito às partes e remetendo-as ao juízo ordinário, ou prolongando o processo administrativo, com diligências intermináveis, sem um órgão diretamente responsável pela instrução.

Rechsteiner²⁰, em raciocínio análogo, afirma que no Brasil a arbitragem é aceita como meio jurídico válido para o Estado e suas empresas estatais para solucionar litígios com particulares. Moreira Neto²¹ corrobora a tese com base no art. 4º, VII, da Constituição Federal, segundo o qual o Estado estaria não apenas autorizado, “mas constitucionalmente obrigado a esgotar as soluções de consenso, compreendida a arbitragem, podendo até mesmo atingir interesses indisponíveis, sem qualquer outro limite que a observância da proporcionalidade entre valores preservados e valores sacrificados”.

Isso posto, tendo em vista a tendência de amenização da soberania estatal, serão examinados os três principais paradigmas suscitados como obstáculos ao uso da arbitragem com o Estado (2.1), e, em seguida, serão abordados alguns casos concretos de admissibilidade da arbitragem pela Administração Pública (2.2).

2.1 DA QUEBRA DE TRÊS PARADIGMAS

A discussão acerca da admissibilidade da arbitragem aplicada à Administração Pública apresenta divergências em basicamente três pontos, para os quais propomos uma quebra de paradigmas²²: primeiro, que a indisponibilidade do interesse público não se contrapõe necessariamente à disponibilidade do interesse patrimonial (2.1.1); segundo, que não há conflito de competência entre regra instituidora de foro legal exclusivo e validade

18 SOUTO, Marcos Jurema Villela. *Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais*, em Direito Administrativo em debate. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 123.

19 GRAU, Eros Roberto. Da arbitragem de litígios envolvendo sociedades de economia mista e a interpretação de cláusula compromissória. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, p. 398-399 e 402-404, out./dez. 2002 [1].

20 RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 138.

21 Moreira Neto, op. cit., p. 87.

22 Didática inspirada no artigo de VALENÇA FILHO, Cláudio. Validade e eficácia da convenção de arbitragem em contratos administrativos: a ótica judiciária. In: *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 438-441.

ou efeitos da convenção arbitral (2.1.2); e terceiro, que não há incompatibilidade entre a confidencialidade da arbitragem e o princípio da publicidade (2.1.3).

2.1.1 Indisponibilidade do interesse público x disponibilidade do direito patrimonial

A doutrina e a jurisprudência restritiva negam a possibilidade de a Administração Pública deter direitos patrimoniais disponíveis, em confusão teratológica com o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Interesses são projeções das necessidades que todas as pessoas e sociedades humanas procuram satisfazer²³. Certos destes interesses são considerados de tal forma relevantes para a segurança e para o bem-estar da sociedade que o ordenamento jurídico os destaca e os define, e compete ao Estado satisfazê-los sob regime próprio: os denominados “interesses públicos”. O interesse público, segundo Bandeira de Mello²⁴, seria uma “expressão dos direitos individuais vista sob um prisma coletivo”.

A doutrina promove cisão neste conceito de interesse público, distinguindo o interesse público primário daquele secundário. Decorrente da corrente doutrinária italiana, em que se destacam as lições de Renato Alessi, de Carnelutti e de Picardi, estabelece-se como interesse público primário aquele “interesse do bem geral”, e, como secundário, o modo pelo qual os órgãos da administração veem o interesse público²⁵.

Esclarecedora manifestação faz Bandeira de Mello²⁶, para quem interesses primários são os interesses da coletividade como um todo, enquanto os interesses secundários seriam aqueles que o Estado, só pelo fato de ser sujeito de direitos, poderia ter como qualquer outra pessoa, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses da coletividade. Assim, os interesses primários seriam os interesses públicos propriamente ditos, e, portanto, absolutamente indisponíveis, enquanto os interesses secundários, entendidos como “interesses da administração”, estariam passíveis de disposição.

Moreira Neto²⁷ sustenta, nesse diapasão, que se teria a indisponibilidade absoluta como regra, pois os interesses públicos não poderiam ser negociados senão pelas vias públicas de estrita previsão legal. A “absoluti-

23 Moreira Neto, op. cit., p. 83.

24 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 234.

25 ALESSI, Renato. Lembrado pelo Professor Hugo Nigro Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 3.

26 Bandeira de Mello, op. cit., p. 235.

27 Moreira Neto, op. cit., p. 84.

zação” seria necessária por se tratar de interesse público primário, de regime público indispensável. Esta distinção aplicada às atividades do Estado implica no entendimento de que a indisponibilidade absoluta se dá nos casos da atuação da Administração Pública por meio de atos de império (*ius imperii*), ou seja, com o uso de suas prerrogativas especiais e em relação vertical com o particular.

A indisponibilidade relativa, por sua vez, seria exceção, recaindo sobre interesses públicos derivados (isto é, secundários), de natureza instrumental, para a satisfação dos primários. Estes interesses resolver-se-iam em relações patrimoniais, e, portanto, disponíveis, verificáveis quando da prática de atos de gestão (*ius gestionis*), em que a Administração assume relação de caráter privado e em posição horizontal com o particular. Neste sentido, atuando no mesmo plano jurídico da outra parte, como simples sujeito de direitos, a Administração Pública é regulada pelo direito privado e não detém qualquer vantagem que refuja às linhas do sistema contratual comum.

Para o Estado, disponíveis seriam todos os interesses e os direitos que tenham expressão patrimonial, que possam ser quantificados monetariamente, que estejam no comércio e que sejam objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou seus delegados dos meios instrumentais, de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado²⁸. Em face desses interesses secundários, portanto, a Administração Pública celebra contratos sem prerrogativas de império, em atuação horizontal com o particular, no âmbito de incidência das regras do direito privado, concernente a direitos disponíveis à negociabilidade no mercado. Nesse contexto, pois, tem-se como perfeitamente aceitável a utilização da arbitragem, por consistir de interesse secundário, relativo a direito patrimonial disponível.

Neste sentido, importante frisar a distinção entre a indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade do direito patrimonial. Eros Grau²⁹, em advertência ao Judiciário, esclarece que “a Administração inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais disponíveis, sem que, com isso, esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles”. Assim também entendeu o STJ³⁰, ao dispor que entre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade,

28 Moreira Neto, op. cit., p. 84.

29 GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 58, 2002 [2].

30 Superior Tribunal de Justiça, Mandado de Segurança nº 11308/DF, Rel. Min. Luis Fux, 2008.

em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. Ao dispor dos interesses secundários, portanto, a Administração Pública instrumentaliza, dispõe de direitos patrimoniais disponíveis, a fim de atingir os interesses públicos primários.

Ante o exposto, desde que concernente a direitos patrimoniais disponíveis, é admissível que a Administração Pública se submeta à arbitragem. Eventual indisponibilidade do interesse público não coincide com a disponibilidade do direito patrimonial. O recurso à arbitragem não torna disponível o interesse público. O que ocorre, em verdade, é a disponibilidade do direito patrimonial, com a permanência da indisponibilidade do interesse público, visto que o direito patrimonial consiste em interesse público secundário, instrumentalizável para o atingimento do interesse primário, este sim indisponível.

2.1.2 Foro legal x cláusula compromissória

Questiona-se, também, se a Administração Pública poderia fazer uso da arbitragem ante o art. 55, § 2º, da Lei nº 8.666/1993³¹, que requer a inserção de cláusula de eleição do foro da sede da Administração para dirimir questões contratuais, o que impediria, em tese, a inserção de cláusula arbitral.

O Tribunal de Contas da União³² (doravante “TCU”), por exemplo, se manifestou contrariamente à inclusão de cláusulas arbitrais compromissórias em contratos dessa natureza. Argumentou que referido art. 55, § 2º, ao impor, como cláusula obrigatória dos contratos, a indicação do foro judicial competente para a solução de controvérsias, representa vedação legislativa expressa para a arbitragem³³.

Venia concessa, o TCU há que distinguir que, no sentido técnico, empregado pelo direito processual civil³⁴, a arbitragem não tem foro, mas sim sede. O art. 55, § 2º, ao estabelecer a obrigatoriedade de cláusula de foro judicial, não determina que toda e qualquer controvérsia oriunda dos contratos celebrados com a Administração seja dirimida pelo Judiciário. O que a *ratio legis* da Lei de Licitações e Contratos Administrativos determina é que o recurso ao Poder Judiciário seja feito no local da sede da Adminis-

31 Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que “regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”.

32 Tribunal de Contas da União. TC 250, de 2003.

33 Para Marçal Justen Filho, esse dispositivo é parcialmente inconstitucional, vide: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 497.

34 Foro, na técnica processual, significa território, indicando, portanto, um local, seja ele município ou pluralidade de municípios, ou espaço geográfico ocupado por seção judiciária, na Justiça Federal (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário de direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 101-181).

tração, excluídos os demais foros judiciais, de sorte a facilitar a defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público em eventuais demandas³⁵. Essa estipulação, no entanto, não exclui a possibilidade de uma cláusula arbitral eleger sede para a solução de questões por arbitragem, visto que não afeta a regra de foro.

Explica-se. A existência de cláusula arbitral não se contrapõe à cláusula de eleição do foro da sede da Administração, na medida em que o conflito entre o árbitro e o juiz será travado no âmbito pré-processual da jurisdição, e não da competência. Não se trata de supressão da competência do órgão da jurisdição estatal, então competente para conhecer e decidir o litígio *sub judice*, mas sim da extinção da jurisdição estatal a respeito do direito questionado³⁶, que, por ser arbitrável, deverá ser solucionado pelo método extrajudicial escolhido pelas partes, entendimento este corroborado pelo TJSP³⁷. Assim, presentes a cláusula arbitral e a cláusula de foro judicial em um contrato com a Administração Pública, a jurisdição do árbitro se restringe ao âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis, e a jurisdição estatal em todos os demais casos³⁸. Esse entendimento é válido ao se visualizar a convenção de arbitragem como ato de autonomia da vontade, em que o compromisso arbitral é negócio de direito material com eficácia negativa no direito pré-processual (exclusão dos juízes estatais) e positiva no direito processual (submissão das partes aos efeitos do laudo)³⁹. A determinação legal de que o foro competente seja o da sede da Administração é, pois, mantida, bem como a vontade das partes de se submeterem à jurisdição arbitral.

Desta feita, para Carmona⁴⁰, em boa técnica, seria desejável que o contrato contivesse uma cláusula compromissória e, em seguida, uma cláusula de eleição de foro, indicando o local onde serão propostas as demandas judiciais relativas à arbitragem (por exemplo, ações cautelares antecedentes, pedidos de antecipação de tutela, requerimento de cumprimento do laudo arbitral ou propositura de demanda anulatória com fundamento no art. 32 da LAB), bem como questões com cunho de indisponibilidade.

Conclui-se, neste ponto, que não incidem as regras atribuidoras de competência exclusiva, visto que nos limites da convenção de arbitragem

35 Carmona [1], op. cit., p. 64.

36 ARMELIM, Donald. *Revista de Mediação e Arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, p. 217, 2004.

37 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 124.217.4/0, Rel. Min. Rodrigues de Carvalho, 1999.

38 VALENÇA FILHO, Cláudio. Op. cit., p. 439.

39 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 232.

40 CARMONA, Carlos Alberto. *Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro*. Arbitragem. Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 33-46.

não há juiz estatal, e fora destes limites é que incidem as regras de competência, inclusive a do foro judicial exclusivo da sede da Administração, estabelecido por meio da cláusula obrigatória do art. 55, § 2º, da Lei nº 8.666/1993. Nesse sentido, a cláusula arbitral não é incompatível com a cláusula de foro judicial, e muito antes pelo contrário, já que não é incomum a necessidade de concurso do Poder Judiciário antes mesmo de ser instruída a arbitragem, seja para a constituição do Tribunal arbitral (cláusula compromissória vazia), seja para o requerimento de medidas de urgência.

2.1.3 Publicidade x confidencialidade

O terceiro paradigma contrário à aceitação da arbitragem com a Administração Pública é o de que a confidencialidade⁴¹ da arbitragem contrapor-se-ia ao princípio da publicidade que governa os atos públicos. Este entendimento consubstanciou a decisão negativa de arbitragem pelo TJSP⁴².

Acontece que, ao contrário do que entendeu o TJSP, o sigilo não é essencial à arbitragem, e pode, portanto, ceder à determinação principiológica de publicidade. Em segundo lugar, existe ainda um segundo argumento, alternativo e ousado, de que o sigilo pode mesmo ser admitido, em um regime de publicidade restrita.

Quanto ao primeiro ponto, há que se ressaltar que a confidencialidade não é requisito essencial da arbitragem⁴³. A doutrina sempre admitiu, como uma espécie de dogma ou mito, a existência de um dever legal de sigilo por parte dos participantes ou dos intervenientes no procedimento arbitral. No entanto, conforme relembra Nunes Pinto⁴⁴, acontecimentos recentes na Austrália e na Suécia fizeram com que o dogma se desfizesse e o mito caísse, mostrando que o dever de sigilo não pode ser tido como inerente ao procedimento arbitral, que somente existirá se as partes assim o determinarem.

Uma vez que a confidencialidade não é elemento essencial à convenção arbitral, sua previsão na cláusula arbitral não deve ensejar em nulidade e direcionamento da demanda ao Judiciário, *data venia*, como se fez na decisão do TJSP. Se as partes, por autonomia de vontade, decidiram submeter o litígio à arbitragem, essa é a vontade a ser respeitada. Em se verificando, no caso concreto, a inviabilidade da realização do sigilo, correto seria que

41 Discute-se se a palavra “confidencialidade” existe realmente em nossa língua ou se apenas o adjetivo “confidencial” seria reconhecido pelos dicionários de nosso idioma. Muitos sugerem que a palavra correta é “sigilo”. No entanto, adotei o termo “confidencialidade” por coerência com o recente Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, muito embora me permita a utilizar as duas palavras de forma intercambiável.

42 Idem à nota de rodapé 37.

43 Sobre o tema, recomenda-se JARROSSON, Charles. *La notion d'arbitrage*. Paris: LGDJ, 1987.

44 NUNES PINTO, José Emílio. *A confidencialidade na arbitragem*. São Paulo: CCBC, 2004. p. 3.

a determinação de que o sigilo ceda à publicidade, como regra do processo judicial⁴⁵, mas sem invalidar a adoção voluntária do Juízo Arbitral. Com essa dinâmica, o princípio da publicidade, ao qual a Administração Pública está circunscrita, seria efetivado, mas com prosseguimento do procedimento arbitral.

No que se refere ao segundo argumento, verifica-se ousadia na corrente doutrinária de Talamini⁴⁶, segundo o qual seria possível uma arbitragem envolvendo o ente público sob o regime de publicidade restrita. Esta restrição caracterizaria uma publicidade apenas interna dos atos, como acontece, por exemplo, na modalidade convite de licitação, em que se tem uma divulgação relativa, pela afixação do convite no “local apropriado” (geralmente, na própria repartição, no quadro de avisos). O fundamento desta posição é de que não se estaria constituindo um sigilo absoluto que tornasse o processo insindicável, visto que ficaria assegurado o acesso dos dados processuais pelas partes e seus representantes, bem como pelos órgãos de controle da Administração Pública. Desta feita, órgãos de controle (por exemplo, os Tribunais de Contas) teriam acesso às informações da arbitragem e garantiriam a legitimidade do procedimento. Assim, seria considerada razoável a submissão do Estado a uma arbitragem de publicidade restrita, visto que os órgãos de controle da Administração manter-se-iam atentos ao procedimento arbitral, sem prejuízo para a coletividade ou para outrem, com o atingimento do interesse público de resolução célere e justa dos conflitos.

2.2 ANÁLISE CASUÍSTICA DA ADMISSIBILIDADE DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A arbitrabilidade das causas que envolvem – direta ou indiretamente – o Estado encontra importantes precedentes em várias de suas esferas, que passam a ser analisadas a seguir.

2.2.1 Arbitragem com a Administração direta

Segundo Carvalho Filho⁴⁷, Administração direta é o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado.

45 VALENÇA FILHO, Cláudio. *Validade e eficácia da convenção de arbitragem em contratos administrativos: a ótica judiciária*. Arbitragem – Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares, in *memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 441.

46 TALAMINI, Eduardo. *Idioma e local da arbitragem sobre PPP*, em informativo do seu Escritório Justen, Pereira, Oliveira & Talamini Advogados Associados.

47 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 392.

Importantíssimo precedente para a arbitragem com a Administração direta é o “Caso Lage”, em que o Poder Judiciário assentou não ser possível impedir que a União submetesse uma questão objeto de transação à solução arbitral⁴⁸. Tanto em primeiro grau quanto em grau de recurso perante o antigo Tribunal Federal de Recursos a pretensão dos herdeiros de Henrique Lage em sustentar a juridicidade da arbitragem foi acolhida. A ementa deste acórdão sintetizou dois relevantes pontos para a definição dos contornos da arbitragem no Brasil: primeiro, a natureza consensual do pacto de compromisso, e segundo, a capacidade do Estado brasileiro de comprometer-se, até mesmo nas causas contra a Fazenda Pública (salvo nas relações em que age como Poder Público, insusceptíveis de transação). Neste julgamento também se afirmou que o Estado, quando atua fora de sua condição de entidade pública, praticando atos de natureza privada, não pode pretender aplicáveis as normas próprias dos contratos administrativos, ancorados no direito público. Isso porque quando pratica atos de gestão, desveste-se da supremacia que caracteriza sua atividade típica, iguala-se aos particulares e seus atos “tornam-se vinculantes, geram direitos subjetivos e permanecem imodificáveis pela Administração, salvo quando precários por sua própria natureza”⁴⁹.

No âmbito dos estados federativos temos o exemplo da cláusula arbitral inserida no acordo de comunhão de interesses entre o Estado de Minas Gerais e a Empresa Fiat S.p.A., da Itália, destinado à implantação de uma indústria metalúrgica naquele Estado⁵⁰. Verifica-se na cláusula a previsão da busca por mecanismos amigáveis de solução de controvérsias e, na falta de composição, a resolução por meio da arbitragem, com sede em Paris⁵¹, com fundamento em equidade.

Também se encontra cláusula arbitral em contrato do Estado de São Paulo, na concessão patrocinada para a exploração dos serviços de

48 A União incorporou ao seu patrimônio (Decreto-Lei nº 4.648/1942) os bens e os direitos da Organização Lage e do espólio de Henrique Lage, sob alegação de interesse da defesa nacional. Depois da avaliação dos bens, determinou o Poder Executivo sua venda para pagamento de débitos anteriores para com a União, restituindo-se o saldo a seus proprietários, que formularam protesto judicial, propondo a criação de Juízo Arbitral, o que foi aceito, depois de alguma hesitação (Decreto-Lei nº 9.521/1946). Os árbitros proferiram seu laudo, fixando a indenização que deveria ser paga pela União. Em um primeiro momento, a União acatou a decisão dos árbitros, suscitando abertura de crédito especial por meio de mensagem enviada ao Congresso Nacional; ato contínuo, porém, sob alegação de que o Juízo Arbitral seria inconstitucional, a União mudou de ideia, de tal sorte que o vencedor do Juízo Arbitral (em verdade, seus herdeiros) propôs demanda judicial para garantir seus direitos. O pleito foi acolhido em primeira instância, sendo a decisão confirmada pelo Tribunal Federal de Recursos e pelo Supremo Tribunal Federal, todos atestando a possibilidade de o Estado firmar compromisso arbitral (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*, 2. ed., p. 62).

49 MAGALHÃES, José Carlos de. Do Estado na arbitragem privada. In: MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 69-84.

50 Acordo de comunhão de interesses entre o Estado de Minas Gerais e a Empresa FIAT S.p.A., da Itália, disponível em: <<http://hera.almg.gov.br>> Acesso em: 3 nov. 2008.

51 Comentário de Garcez, op. cit., p. 79.

transportes de passageiros da Linha 4 – Amarela do metrô de São Paulo. A Cláusula 35.11 deste contrato estipula, exaustivamente, as matérias a serem obrigatoriamente solucionadas por arbitragem, e, em seguida, determina que a arbitragem seja instaurada e administrada pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), conforme as regras de seu Regulamento, devendo ser realizada no Brasil, em língua portuguesa e aplicar o Direito brasileiro⁵².

Por fim, quanto aos municípios, tem-se como exemplo o contrato celebrado pela Prefeitura de Belo Horizonte para a concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros por ônibus, que teve como interveniente a Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A (“BHTrans”)⁵³.

2.2.2 Arbitragem com a Administração indireta

A Administração indireta é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada⁵⁴. De acordo com o art. 4º do Decreto-Lei nº 200/1967⁵⁵, a Administração indireta compreende as entidades dotadas de personalidade jurídica própria, que são as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

Pela incidência do entendimento de que “quem pode o mais, pode o menos”, e restando demonstrado anteriormente que a Administração Pública direta pode arbitrar, restaria desnecessária a análise da admissibilidade da arbitragem pela Administração indireta. Entretanto, a fim de se exaurir o tema, será examinada também a referida hipótese.

Segundo Carmona⁵⁶, o que se disse amplamente sobre a admissibilidade da arbitragem com o Estado vale também para suas autarquias, visto que nada impediria que autarquias como a Casa da Moeda, o Instituto Nacional de Seguridade Social ou o Banco Central do Brasil fizessem contratos de prestação de serviços, de fornecimento ou de empreitada, por exemplo, com cláusula arbitral. Isso porque a natureza do contrato é privada,

52 Contrato nº 4232521201, de 2006, relativo à concessão patrocinada para a exploração dos serviços de transportes de passageiros da Linha 4 – Amarela do metrô de São Paulo, abrangendo de Luz até Taboão da Serra. Disponível em: <http://www.acionista.com.br/home/ccr/CCR_FR_20061129_port11.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2009.

53 Contrato decorrente de contrato de concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros por ônibus, cuja previsão de arbitragem está na Cláusula 22.12.

54 Carvalho Filho, op. cit., p. 396.

55 Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que “dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências”.

56 Carmona [1], op. cit., p. 63.

estando a autarquia em igualdade com o particular, sem qualquer vedação legislativa.

Comprova-se essa possibilidade com relação às autarquias pela estipulação feita pela Agência Nacional de Telefonia (“Anatel”), na Cláusula 30 dos seus contratos de concessão do serviço telefônico fixo que realiza com empresas independentes⁵⁷. Essa cláusula prevê que os conflitos que possam surgir quanto à aplicação e à interpretação das normas da concessão serão resolvidos pela Agência, no exercício da sua função de órgão regulador, podendo a Concessionária recorrer à arbitragem quando inconformada com a decisão. Trata-se, assim, de comprovação fática da previsão legal constante no art. 93, inciso XV, da Lei nº 9.472/1997⁵⁸ (Anatel), também presente no art. 43, inciso X, da Lei nº 9.478/1997⁵⁹ (Agência Nacional de Petróleo), que autoriza a inserção desse tipo de cláusula em seus contratos.

Quando em face de empresas estatais, ou seja, das sociedades de economia mista e das empresas públicas, a admissibilidade é ainda mais evidente. Isso porque, ao se submeterem ao regime próprio das empresas privadas (consoante art. 173, § 1º, II c/c § 2º, da CF), estas são autorizadas a celebrar contratos nos moldes do setor privado. Assim, tanto as empresas públicas quanto as sociedades de economia mista realizam negócios jurídicos despidos da supremacia do poder de império inerente aos entes públicos, *i.e.*, com seu *ius gestionis*, em igualdade com o particular quando da contratação. Os interesses das sociedades de economia mista e das empresas públicas, portanto, resolvem-se em relações patrimoniais disponíveis.

Neste sentido é que a empresa pública Serpro (Serviço Federal de Processamento de Dados) celebrou com a Unesco um Protocolo de Intenções que prevê a resolução de possíveis litígios por arbitragem⁶⁰. Também a sociedade de economia mista Sabesp (Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo) prevê, na Cláusula 49 do contrato de concessão administrativa decorrente de concorrência internacional, a resolução de conflitos por arbitragem⁶¹.

57 Contrato entre a Anatel e a Telecomunicações do Paraná – Telepar S.A., que se refere à arbitragem em sua Cláusula 30. Disponível em: <<http://www.netpar.com.br/vagner/legislacao/contrato.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2008.

58 Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que “dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995”.

59 Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que “dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências”.

60 Protocolo de Intenções firmado entre a Serpro e a Unesco com objetivo do desenvolvimento de ações conjuntas com vistas à inclusão digital, que prevê arbitragem em sua Cláusula 9º. Disponível em: <www1.serpro.gov.br/.../UNESCO%20conv%EAAnio%20UNESCO%20Minuta%20SERPRO>. Acesso em: 14 jul. 2009.

61 Contrato de concessão administrativa decorrente de Concorrência Internacional Sabesp CSS nº 6.651/2006, que prevê o recurso à arbitragem na Cláusula nº 49.

No entanto, até recentemente eram encontradas manifestações reticentes quanto à utilização da arbitragem por sociedades de economia mista, sob o argumento de ausência de autorização legislativa. Exemplo de tal decisão é o acórdão do TJPR, em uma ação proposta pela Companhia Paranaense de Energia (Copel) em face da UEG – Araucária Ltda., que entendeu ser impossível a solução do impasse por arbitragem ante a ausência de lei autorizadora e a necessidade de submissão do mesmo ao regime de direito público. Esse entendimento foi corroborado por Barroso⁶², por entender que essas sociedades, como órgãos da Administração indireta, somente poderiam se submeter à arbitragem mediante autorização legislativa.

Ocorre que a decisão da 2ª Turma do STJ, ao apreciar o Recurso Especial nº 612.439⁶³, em 2005, felizmente começou a modificar esse entendimento, ao extinguir, sem julgamento de mérito, o processo movido pela Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), do Rio Grande do Sul, contra a empresa AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. Concluiu-se, naquele caso, que as sociedades de economia mista podem utilizar a arbitragem sem depender de autorização legislativa, não podendo o Juízo Arbitral ser afastado unilateralmente, de forma que não poderá, uma das partes contratantes, impor seu veto ao procedimento arbitral.

Com efeito, entendeu o STJ que a cláusula compromissória obriga a outra parte à arbitragem, sem a possibilidade de que a discordante opte entre a jurisdição estatal e o procedimento arbitral. Estatui ainda a decisão que a arbitragem dispensaria de autorização do Poder Legislativo estadual. Esse entendimento continua sendo aplicado pelo STJ, tanto que no Recurso Especial nº 606.345, de 2007⁶⁴, e no Mandado de Segurança nº 11.308⁶⁵, de 2008, entendeu-se que as sociedades de economia mista estão em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, evidenciando-se a inoportunidade de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.

Finalmente, quanto às fundações públicas, não foi encontrado, ao longo da pesquisa, exemplo de contrato ou de norma que prevesse expressamente a arbitragem, mas permanece o entendimento de sua viabilidade, por todas as razões supra mencionadas.

62 BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, n. 19, p. 415-439, 2003.

63 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2006.

64 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 606.345/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2007.

65 Superior Tribunal de Justiça, Mandado de Segurança nº 11.308/DF, Rel. Min. Luis Fux, 2008.

2.2.3 Arbitragem na Lei de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/1995)

Em face de contratos administrativos de longo prazo, previstos pela Lei nº 8.987/1995⁶⁶, a arbitragem é uma garantia necessária para que o contrato possa sobreviver às várias transformações que a sua economia possa sofrer. O art. 23, XV, da Lei nº 8.987/1995 previu a possibilidade de se convencionar uma forma de composição amigável das divergências contratuais. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal confirmou a eficácia da arbitragem prevista em contrato de prestação de serviços de adaptação e de ampliação da Estação de Tratamento de Esgotos de Brasília⁶⁷. O Tribunal de Contas da União, ainda, reconsiderou a decisão contrária à utilização da arbitragem no Contrato de Concessão para Exploração da Ponte Rio-Niterói⁶⁸. Finalmente, com o advento do art. 23-A, acrescido em 2005⁶⁹, encerram-se quaisquer questionamentos, visto que o referido artigo dispõe expressamente sobre o recurso à arbitragem, com as restrições de que esta deve ser realizada no Brasil e em língua portuguesa.

2.2.4 Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004)

A Parceria Público-Privada é definida no art. 2º da Lei nº 11.079/2004⁷⁰ como um contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. Esse diploma legal, comumente conhecido como “Lei das PPPs”, prevê expressamente a possibilidade de recurso à arbitragem em seu art. 11, inciso III. O referido artigo dispõe a viabilidade do “[...] emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, 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, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”. Não se deixa ao livre acordo das partes, portanto, todos os termos de arbitragem, visto que foi estabelecida a obrigatoriedade de sua realização no Brasil e em língua portuguesa.

Em comentários feitos por Wald⁷¹ à Lei nº 11.079/2004, é dito que teria sido útil que esta lei tivesse feito como a Lei Estadual de Minas Gerais de PPPs (Lei nº 14.869/2003⁷²), que em seu art. 13 menciona que o proce-

66 Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que “dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências”.

67 Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Mandado de Segurança nº 1998002003066-9, Relº Min. Nancy Andrighi, 1999.

68 Tribunal de Contas da União, TC 188, de 1995.

69 Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, que institui o Repes, Recap e o Programa de Inclusão Digital.

70 Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que “institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública”.

71 WALD, Arnoldo. A infraestrutura, as PPPs e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, p. 14-28, jul./set. 2005.

72 Lei nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003, que “dispõe sobre o Programa do Estado de Minas Gerais sobre Parcerias Público-Privadas”. Seu art. 13 dispõe: “Os instrumentos de parceria público-privada previstos

dimento arbitral das parcerias deve ser feito conforme as regras de alguma entidade arbitral institucional, afastando a possibilidade de arbitragens *ad hoc*. Assim, adotando-se a cláusula compromissória “cheia”, com referência às regras institucionais de alguma entidade administradora da arbitragem, estar-se-ia prevenindo inclusive os efeitos restritivos ao prosseguimento da arbitragem pela resistência da parte à formalização do “compromisso”⁷³. Neste contexto, tem-se o exemplo de cláusula arbitral inserida na minuta da PPP administrativa do Estado de Minas Gerais, para a construção e a gestão de complexo penitenciário⁷⁴.

2.2.5 Outras previsões legislativas de arbitragem

Exemplificam-se, também, outras previsões legislativas quanto ao uso da arbitragem, como na Lei nº 10.233/2001⁷⁵, dos Transportes Aquaviários e Terrestres, e na Lei nº 1.312/1974⁷⁶, que há décadas admite que o Estado ou suas agências utilizem-se da arbitragem nas contratações do Tesouro Nacional com organismos financiadores internacionais.

2.2.6 Arbitragem como norma obrigatória nos contratos de empréstimo e financiamento das instituições multilaterais fomentadoras

No âmbito internacional ou na resolução de conflitos nos contratos internacionais existe uma tendência fortemente orientada para a escolha da arbitragem para a resolução de conflitos, alavancada por seus aspectos práticos, como a neutralização da influência dos foros regionais.

A Lei nº 8.666/1993, no Brasil, seguindo tal orientação, tem no art. 32, § 6º, uma exceção à regra do art. 55, § 2º, que obriga a inserção de cláusula de foro no local da sede da Administração. A exceção trata da

no art. 11 desta lei poderão estabelecer mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem. § 1º Na hipótese de arbitragem, os árbitros serão escolhidos dentre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e conhecimento da matéria, devendo o procedimento ser realizado de conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral institucional ou entidade especializada. § 2º A arbitragem terá lugar na Capital do Estado, em cujo foro serão ajuizadas, se for o caso, as ações necessárias para assegurar a sua realização e a execução da sentença arbitral”.

73 Garcez, op. cit., p. 62-63.

74 Contrato decorrente da concessão administrativa (PPP) do Estado de Minas Gerais, referente à construção de gestão de completo penitenciário, que se refere à arbitragem em sua Cláusula nº 37. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/pppeminas/projetos-ppp/complexo%20penal/downloads-arquivos-edital-penitenciaras/9.%20ANEXO%20VIII%20MINUTA%20DE%20CONTRATO.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2009.

75 Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que “dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências”.

76 Lei nº 1.312, de 15 de fevereiro de 1974, que “autoriza o Poder Executivo a dar a garantia do Tesouro Nacional a operações de créditos obtidos no exterior, bem como, a contratar créditos em moeda estrangeira nos limites que especifica, consolida inteiramente a legislação em vigor sobre a matéria e dá outras providências”.

realização de obras, da prestação de serviços ou da aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte. Tal disposição tem como base o entendimento de que a exigência de cláusula de eleição da jurisdição brasileira representaria sério empecilho à doação ou ao financiamento⁷⁷ internacional, e, então, é admitida a inserção de cláusula arbitral nos exatos termos requeridos pelo organismo fomentador.

Este é o caso, por exemplo, de instituições multilaterais fomentadoras como o BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento⁷⁸) e o BIRD (Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento⁷⁹), pessoas jurídicas de direito internacional público que requerem a estipulação de arbitragem, nos seus termos, nas cláusulas constantes de seus contratos de empréstimo ou de financiamento que os Estados ou suas agências, na qualidade de tomadores de tais empréstimos e financiamentos, ou garantidores dos mesmos, devem se submeter para dirimir conflitos oriundos desses pactos⁸⁰.

O Tribunal de Contas da União, no entanto, à revelia do mencionado art. 32, § 6º, que prevê expressamente a possibilidade de não se ter foro judicial na sede da Administração, persiste no retrógrado entendimento de que não é admissível arbitragem em contratos administrativos⁸¹. Sustenta este Tribunal que a utilização da arbitragem afrontaria uma série de princípios de direito público, entre os quais o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o da indisponibilidade do interesse público pela Administração, o da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos, o do controle administrativo e o da vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem. Ora, os três primeiros argumentos já foram desconstruídos ao se demonstrar a fundamental diferença entre direitos patrimoniais disponíveis e indisponibilidade do interesse público⁸². Não há o que se arguir de interesse público, visto que este está, em verdade, na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça⁸³, possível de atingimento por meio da ar-

77 Justen Filho, op. cit., p. 497.

78 Para maiores informações sobre o BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento, acesse: <<http://www.iadb.org/index.cfm?language=portuguese>>. Acesso em: 19 out. 2008.

79 Para maiores informações sobre o Bird – Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento, acesse: www.worldbank.org/bird. Acesso em: 19 out. 2008.

80 Garcez, op. cit., p. 77.

81 Decisões contrárias à arbitragem em contratos administrativos: Tribunal de Contas da União, TC 286, de 2003; TC 584, de 2003; TC 587, de 2003; e TC 1271, de 2005.

82 Vide Subseção 4.1.1.

83 DALLARI, Dalmo. Da validade de convenção de arbitragem pactuada por sociedade de economia mista. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, p. 418, out./dez. 2002. Citado por Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Dourado.

bitragem. O quarto argumento também teve sua pretensão de veracidade despida quando da demonstração de que o sigilo da arbitragem cede ao princípio da publicidade⁸⁴. Finalmente, o quinto argumento do TCU é facilmente descartado, pois inserção de cláusula arbitral no instrumento convocatório e nas propostas atenderia a exigência de vinculação ao instrumento convocatório.

O que se vê, portanto, é que o TCU tem andado na contramão do entendimento mundial e nacional, inclusive do STJ. A utilização da arbitragem não só não é defesa à Administração Pública como é recomendável, posto que privilegia o interesse público⁸⁵.

Ademais, especialmente nos contratos administrativos decorrentes de licitações internacionais com recursos provenientes de organismos internacionais fomentadores, a admissibilidade da arbitragem é evidente, pois existe norma legal expressamente prevendo uma exceção à jurisdição do Judiciário brasileiro. Como se não fossem suficientes esses argumentos e a expressa previsão do art. 32, § 6º, tem-se também o art. 42, § 5º, que encerra qualquer discussão. Este dispositivo admite a adoção de normas e de procedimentos de licitação das entidades fomentadoras, quando for exigência para a obtenção do financiamento ou da doação. Assim, caso a cláusula arbitral no contrato administrativo for exigência do organismo internacional fomentador, o Estado brasileiro tem autorização legislativa expressa para sua inserção no contrato e submissão ao Juízo Arbitral.

O STJ ainda não teve oportunidade de se pronunciar sobre a arbitragem decorrente de licitação internacional em que um organismo internacional fomentador requeira cláusula arbitral própria. No entanto, seu posicionamento, nos demais casos, tem sido pela admissibilidade⁸⁶, de onde se infere que o STJ siga sua jurisprudência sob fundamento de que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

Além disso, há que se frisar que este tipo de contrato leva a Administração Pública a um cenário internacional, e, conforme bem nos lembra

84 Vide Subseção 4.1.3.

85 GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista da Escola Paulista de Magistratura* [2], p. 398-399 e 402-404.

86 Exemplo de decisões que sustentam a admissibilidade da arbitragem com a Administração Pública é dado pelo Mandado de Segurança nº 11.308/DF, em que decidia da eficácia da cláusula compromissória em contrato de permissão portuária. Também foi este o entendimento na decisão do recurso especial entre a Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica (CEEE) e a AES Uruguiana Empreendimentos Ltda., mencionado anteriormente, em que o STJ reputou válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica de produção ou de comercialização de bens ou de prestação de serviços que estipulem cláusula compromissória, submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

Romero⁸⁷, no cenário internacional, os árbitros (notadamente aqueles que agem sob a égide da CCI) não hesitam em afirmar que o Estado não poderia se furtar legitimamente das obrigações decorrentes de uma convenção de arbitragem com a qual se consentiu livremente. Para apoiar essa posição, que é hoje bem firmada na jurisprudência arbitral, os árbitros da CCI propuseram dois fundamentos: a ordem pública internacional e a boa-fé.

Em conclusão, o que se observa de toda a discussão até aqui travada é uma divergência clara entre o entendimento adotado pelo TCU e a orientação do STJ, refletida nos acórdãos em comento. Sustenta-se, neste contexto, que carece coragem e vontade do TCU de analisar profundamente os argumentos relativos à arbitragem com a Administração Pública. Isso porque “abraçar-se” à tese da autorização legislativa é um preciosismo de hercúlea argumentação nos dias atuais, tendo em vista que os contratos celebrados com a Administração Pública adequam-se à Lei nº 9.307/1996. Ademais, persistir em tese tão restritiva resulta em usurpar do Estado um método não apenas possível de solução dos litígios, mas especialmente recomendado por sua celeridade, especialidade dos árbitros e possível redução dos custos de transação.

3 IDIOMA, SEDE E LEI MATERIAL ESTRANGEIROS EM ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Estabelecida a admissibilidade da arbitragem com a Administração Pública quanto a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, quando pratica de atos de gestão, problematiza-se a eventual imposição, por um organismo internacional concedente de recursos financeiros para a realização de licitação internacional (hipótese do art. 32, § 6º, da Lei nº 8.666/1993), de uma cláusula arbitral padrão. O que acontecerá se houver requerimento de arbitragem em idioma estrangeiro? Haveria violação ao princípio da publicidade? E se a cláusula determinasse a condução do procedimento arbitral com sede no exterior? Poder-se-ia alegar a imunidade de jurisdição? Por fim, seria possível a solução do conflito com base em lei material estrangeira? Haveria violação à ordem pública nacional? Estes serão os três temas de discussão a serem aprofundados: a problemática da arbitragem com a Administração Pública quando em idioma estrangeiro (3.1), quando em sede no exterior (3.2) e quando aplicar uma lei material estrangeira à solução do caso (3.3).

87 ROMERO, Eduardo Silva. A arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e os contratos de Estado. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, p. 260-262, jan./mar. 2003.

3.1 PROBLEMÁTICA DO IDIOMA ESTRANGEIRO EM ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As partes contratantes têm o direito de escolher o idioma em que a arbitragem deva ser conduzida⁸⁸. A Lei nº 9.307/1996 não é expressa quanto a essa prerrogativa no rol de cláusulas facultativas do seu art. 11, mas há que se observar que se trata de rol enumerativo, e não exaustivo, sendo permitida às partes a escolha da língua que lhes convir. Neste contexto, sustenta Carmona⁸⁹ que, a fim de se evitar embaraço, seria conveniente que as partes desde logo escolhessem o(s) idioma(s) em que todos devem expressar-se, e Lew⁹⁰ corrobora este entendimento ao admitir como necessária a especificação, na convenção arbitral, da possibilidade de juntada de documentos e da oitiva de testemunhas em outro idioma.

Sabe-se que a LAB não estabelece obrigatoriedade de se usar o vernáculo. Assim, poderiam as partes, por exemplo, estipular que a arbitragem se conduzisse em São Paulo, mas em idioma estrangeiro (o que incluiria todas as comunicações dos litigantes, provas orais e laudo arbitral)⁹¹. Entretanto, um tanto quanto ilógico seria – pelo menos à primeira vista – que duas partes brasileiras estabelecessem a condução do procedimento arbitral em idioma estrangeiro. Assim, esta prerrogativa mostra sua relevância principalmente em arbitragens internacionais, se envolver uma parte de nacionalidade estrangeira.

Se a escolha do idioma da arbitragem não for estipulada na convenção arbitral, caberá ao árbitro decidir o idioma a ser empregado, como questão preliminar. Lew e Hunter sustentam que é habitual e lógico que o idioma da arbitragem seja o mesmo daquele em que o contrato foi celebrado. Carmona, por sua vez, admite que o árbitro leve em consideração “todas as circunstâncias relevantes, o que inclui a língua em que o contrato foi celebrado, a língua do local em que a arbitragem irá se desenvolver, a língua empregada no país cuja lei material deve ser aplicada, entre outros critérios”⁹².

Neste sentido, interessante é analisar as regras dos órgãos arbitrais institucionais a respeito da questão do idioma da arbitragem. A CCI dispõe, no art. 15.3 do seu Regulamento de Arbitragem, que o árbitro determinará a língua ou as línguas da arbitragem levando em consideração todas as circunstâncias, e, em particular, a língua do contrato. Já a American Arbitration Association (AAA) estabelece, no art. 14 do seu regulamento, a presunção

88 Lew; Mistelis; Kroll, op. cit., para. 8-34.

89 Carmona [1], op. cit., p. 193.

90 Lew; Mistelis; Kroll, op. cit., para. 8-34.

91 Exemplo elaborado por Carmona [1], op. cit., p. 193.

92 Idem, ibidem.

em favor da língua em que os contratos que ligam as partes foram redigidos. A Câmara de Comércio e Indústria da Federação Russa, juntamente com a China International Economic and Trade Arbitration Commission, nos arts. 10 e 75, § 1º, dos seus regulamentos, respectivamente, privilegiam o idioma do território em que estiver sediado o tribunal arbitral. Outras, por sua vez, como a Câmara de Comércio de Estocolmo (em seu art. 17) e o Centro de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo (art. 16), deixam à total discrição do árbitro a fixação do idioma a ser empregado.

Estabelecidas as bases acerca do idioma a conduzir a arbitragem, aprofundar-se-á o estudo neste tema quando em face de arbitragem com a Administração Pública. Primeiramente, cumpre esclarecer que, certamente, a vontade estatal será convergente à sua submissão ao vernáculo, pela facilidade de se lidar no procedimento arbitral. Entretanto, caso exista um requerimento obrigatório do organismo internacional fomentador ao Estado, de que a arbitragem seja conduzida em idioma estrangeiro, requisito esse imprescindível para a concessão do recurso financeiro na licitação internacional do art. 32, § 6º, da Lei nº 8.666/1993, consistiria violação ao princípio da publicidade a condução do procedimento arbitral em idioma estrangeiro? E qual a consequência do requerimento do art. 224 do Código Civil que prevê que, para ter efeitos legais no Brasil, os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português?

A Administração Pública está submetida ao princípio da publicidade, conforme anteriormente mencionado, e deve levar o conhecimento do ato ou da atividade administrativa a terceiros, a fim de facilitar o controle e conferir possibilidade de execução. Uma arbitragem com a Administração conduzida em idioma estrangeiro tem efeitos análogos ao sigilo, visto que o idioma estrangeiro não é de amplo conhecimento da sociedade brasileira e a nossa língua oficial é o português.

Neste contexto, como conciliar ambos os princípios?

Primeiramente, conforme doutrina mais ousada, a viabilidade da arbitragem com a Administração em idioma estrangeiro poderia se dar por meio da aceitação de uma publicidade restrita. Isso porque, em face de uma ponderação inevitável de princípios, o interesse público de perceber o recurso advindo do organismo internacional em licitação internacional se sobreporia a uma possível restrição na publicidade dos atos. A concessão dos recursos financeiros pelo organismo internacional pode beneficiar enormemente a sociedade brasileira, visto que a licitação internacional para a aquisição de bens e de serviços, especificada no art. 32, § 6º, da Lei nº 8.666/1993, pode possibilitar a vinda de novas tecnologias, novos empre-

endimentos, e, conseqüentemente, fomentar o desenvolvimento nacional. Assim, uma possível restrição à publicidade (seja ela interna ou externa), deveria ser considerada como “um mal menor”, em contraposição aos ganhos maiores advindos dos reflexos desse investimento financeiro no País. Negar essa possibilidade de arbitragem em idioma estrangeiro seria causar “um mal muito maior” à sociedade brasileira. Assim, a exigência desse organismo internacional de que o idioma da arbitragem seja diverso do português não infringiria o princípio da publicidade.

Alternativamente, para os mais conservadores, que não concordam com a tese da publicidade restrita da arbitragem com a Administração, ora exposta, ainda assim seria possível a utilização do idioma estrangeiro. Isso porque existe uma maneira pragmática de se resolver a questão: a determinação de se traduzir os atos do procedimento arbitral para o português. Desta maneira, atender-se-ia tanto ao princípio da publicidade, que é pressuposto constitucional, quanto ao requerimento do art. 224 do CC, que é requisito para a eficácia do documento no Brasil, bem como à exigência do organismo internacional conessor do recurso.

Por fim, a fim de se extirpar o questionamento acerca dessa admissibilidade, a Administração Pública pode, ainda, solicitar ao organismo internacional que a arbitragem seja conduzida em duas línguas, sendo uma o idioma estrangeiro e outra o vernáculo, sendo essa hipótese particularmente interessante quando a própria lei brasileira requerer a condução da arbitragem em português, como é o caso do art. 23-A da Lei nº 8.987/1995 e do art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004.

Dessa feita, a arbitragem com a Administração Pública em idioma estrangeiro é admissível, visto que existem três opções procedimentais viáveis: pode a Administração submeter-se a um regime de publicidade restrita, por privilegiar a concessão do recurso internacional; pode, também, proceder à tradução dos documentos da arbitragem, para a garantia da publicidade total do procedimento e a conformação ao art. 224 do CC; e, finalmente, pode negociar com o organismo internacional para que a arbitragem seja bilíngue.

3.2 PROBLEMÁTICA DA SEDE ESTRANGEIRA EM ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

“A escolha da sede da arbitragem é uma das questões-chave quando da elaboração da convenção arbitral”⁹³. Como se não bastasse esse alerta de

93 VAN DEN BERG, Albert Jan. Arbitration Clauses achieving effectiveness. *ICC Congress Series*, New Cork: Kluwer, n. 9, p. 57, 1984.

Albert van den Berg quanto à importância da sede da arbitragem, Hunter⁹⁴ também recomenda que essa questão seja levada em consideração pelas partes, ao invés de deixar a escolha para terceiros, como os árbitros.

A Lei de Arbitragem Brasileira dispõe, em seu art. 11, I, da LAB, a liberdade das partes em estipular que os atos sejam praticados em uma ou mais localidades, sendo que este(s) local(is) pode(m) ser diferente(s) do local em que a sentença arbitral for proferida. Podem as partes, portanto, determinar, na cláusula compromissória ou no compromisso, o local da sede da arbitragem. Caso as partes não tenham escolhido, cabe a escolha aos árbitros, aplicando as regras do regulamento da instituição arbitral, ou, então, sendo *ad hoc*, pelo procedimento do art. 20 da Lei Modelo da Uncitral.

Segundo a didática de Dolinger e Tiburcio⁹⁵, inúmeras são as consequências decorrentes da escolha da sede da arbitragem, vez que os árbitros podem levar em conta a sede da arbitragem para: a) verificar a arbitrabilidade do litígio; b) determinar a lei material aplicável à controvérsia na ausência de escolha das partes; c) determinar a lei processual aplicável ao processo arbitral subsidiariamente às regras aplicáveis à arbitragem; d) determinar os recursos cabíveis ao Judiciário, diante da necessidade de interferência para a solicitação de medidas cautelares ao Judiciário local e para a interposição de recurso para rediscutir o mérito do laudo (nos países onde é admitido, o que não acontece no Brasil); e) solicitar de nulidade do laudo; e f) satisfazer o requisito da reciprocidade, quando exigida pelas convenções internacionais para o reconhecimento e a execução extraterritorial dos laudos⁹⁶. Além desses fatores, questões fora da órbita legal devem ser consideradas, como as relativas aos “aparatos logísticos”, como o transporte, a acomodação e a telecomunicação do local da sede⁹⁷. Também é importante que o país sede seja signatário da Convenção de Nova Iorque, pela certeza do reconhecimento e da execução da sentença arbitral estrangeira.

Assim, questiona-se: caso exista um requerimento obrigatório do organismo internacional de se inserir, no contrato celebrado pela Administração para a concessão do recurso financeiro que viabiliza a licitação internacional prevista no art. 32, § 6º, da Lei nº 8.666/1993, cláusula arbi-

94 HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Law and practice of international commercial law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2004. para. 3-51.

95 DOLINGER, TIBURCIO. *Direito internacional privado – Arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 253.

96 Neste ponto, ressalte-se que a Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras contém, no item 7.02, previsão da reciprocidade. Estatísticas mostram que a maior parte dos países que ratificaram o fizeram com ressalva da reciprocidade.

97 FROMMEL, Stefan N.; RIDER, Barry A. *Conflicting legal cultures in commercial arbitration*. New York: Kluwer, 1999. p. 62.

tral em que a sede seja no exterior, consistiria isto violação ao princípio da imunidade de jurisdição?

Antes de se iniciar a discussão, é necessário fazer uma breve distinção entre a arbitragem regida pelo direito internacional público da jurisdição e a arbitragem privada. A primeira é instaurada por tratados transnacionais celebrados entre Estados, e muito provavelmente se estará diante de matéria afeta à soberania. Já a segunda é decorrente de relações patrimoniais disponíveis entre particular-Estado ou particular-particular. Nesta última hipótese, i.e., da arbitragem privada, é que se analisa a possibilidade de a Administração alegar a prerrogativa da imunidade de jurisdição a fim de não se submeter à arbitragem.

A imunidade de jurisdição, segundo Dolinger e Tiburcio, “decorre da soberania, pela qual um Estado não pode submeter-se à jurisdição de outro”⁹⁸. O fundamento dessa regra tem origem na cláusula *par in parem habet imperium*, instituidora da igualdade entre os Estados, que visa a garantir ao ente estatal a prerrogativa de só ser submetido à sua jurisdição nacional. Originalmente, sustentava-se a imunidade absoluta de jurisdição de um Estado perante outro, mas a doutrina evoluiu no sentido de uma imunidade apenas relativa, em função da natureza ou do objetivo do ato estatal submetido a Juízo.

No Brasil, até a Constituição Federal de 1988, o Estado estrangeiro gozava de imunidade absoluta de jurisdição e os Tribunais brasileiros se recusavam sistematicamente a julgar demandas em que ele fosse parte. Valladão⁹⁹, assim, sustentava a inadmissibilidade de renúncia de foro e de imunidade de jurisdição pelo Brasil. Entretanto, a partir do Acórdão nº 9.696¹⁰⁰, o Supremo Tribunal Federal aperfeiçoou seu entendimento e passou a adotar a teoria da imunidade relativa de jurisdição do Estado estrangeiro.

Essa questão é colocada de maneira clara por Sturzenegger¹⁰¹, que esclarece que:

a) no silêncio da [Constituição Federal], única fonte com poderes para permitir ao Estado brasileiro renunciar à imunidade assegurada pelo direito internacional, não podem seus órgãos representativos fazê-lo, quando da prática, no exterior, de atos qualificados de *ius imperii*; b) se se tratar de atos que não sejam como tal classificados [i.e., *ius gestionis*], a questão da renúncia à imunidade simplesmente não se coloca.

98 Dolinger; Tiburcio, op. cit., p. 394.

99 VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 3, 1995. p. 151.

100 Supremo Tribunal Federal, Apelação Cível nº 9.696/SP, Rel. Min. Sidney Sanches, 1990.

101 STURZENEGGER, Luiz Carlos. Imunidades de jurisdição e de execução dos Estados – Proteção a bens de bancos centrais. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 174, 1998.

Conclui-se, pois, que a imunidade relativa de jurisdição se baseia no conceito de ato de gestão, na medida em que admite que um Estado possa ser submetido a jurisdições estrangeiras, em situações em que age como um particular, ou quando se submete voluntariamente a jurisdições estrangeiras, renunciando à sua imunidade.

Assim também conclui Vianna de Lima¹⁰², que se orientou no sentido de admitir a teoria da imunidade relativa de jurisdição no ordenamento brasileiro, dizendo que:

a) se o Estado tem o direito de ação ante a jurisdição de outro país, tem, igualmente, o direito de renunciar a este direito de ação, valendo-se do Juízo Arbitral no exterior; e b) se, no âmbito interno, em se cogitando de contrato público, predominantemente regido pelo Direito Privado, o Estado pode, no exercício do *ius gestionis* [...], firmar convenção de arbitragem, sendo o conflito relativo a direito patrimonial disponível e não se cogitando de casos de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira [...], cabe arbitragem também.

Explicitadas as bases teóricas da discussão acerca da imunidade de jurisdição relativa, passa-se à polêmica da cláusula compromissória celebrada pela Administração Pública. Deve-se depreender que esta, ao se submeter à arbitragem no exterior, esteja implicitamente renunciando ao benefício da imunidade de jurisdição?

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência arbitral têm respondido afirmativamente a esse questionamento, mesmo em não havendo cláusula no contrato de expressa renúncia à imunidade¹⁰³. Para Delaume¹⁰⁴, estaria pacificado, nos dias atuais, o entendimento de que o Estado, ao consentir em se submeter à arbitragem internacional, não pode mais alegar imunidade de jurisdição perante o tribunal arbitral. Neste sentido, também se posicionam Luzatto¹⁰⁵ e Summartano¹⁰⁶, alinhados à determinação da Convenção do ICSID¹⁰⁷ (International Center for the Settlement of Investments Disputes)¹⁰⁸.

102 LIMA, Vianna de. *Curso de introdução à arbitragem*. São Paulo: Lumen Juris, 1999. p. 91-104.

103 Dolinger; Tiburcio, op. cit., p. 409.

104 DELAUME, Georges. Judicial Decisions related to sovereign immunity and transnational arbitration. 2 ICSID Rev. – FIL 1403 (1987).

105 LUZZATTO, R. International Commercial Arbitration and Municipal Law of Status. Recueil des Cours. 157/93.

106 SUMMARTANO, Mauro Rabino. *International arbitration law*, 1990. p. 173.

107 Art. 16 da Convenção do ICSID, que dispõe: "Consent of the parties to arbitration under this Convention shall unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention".

108 Há que se distinguir, neste ponto, que a arbitragem perante o ICSID se baseia em tratado internacional firmado pelo Estado Nacional (que, no caso do Brasil, não foi ratificado). Nessa hipótese, é inequívoco que, após firmar o tratado, o Estado não mais pode alegar imunidade de jurisdição. O que resta controverso se refere à situação em que o Estado aceita firmar cláusula arbitral em contrato privado, i.é, se submetendo a arbitragem privada.

Isso porque, quando se trata de atos de gestão, conforme detalhado anteriormente, o Estado age como se particular fosse, em relação de paridade, horizontal com o outro contratante. Não se utilizando de suas prerrogativas de império, está circunscrito à órbita privada de contratação. Neste cenário, o Estado ou seus entes administrativos, ao contratarem com particulares estrangeiros, inserem-se à órbita privada da relação contratual internacional, e não àquela em que o Estado reveste-se da soberania nacional. Nesta hipótese, portanto, em que a Administração Pública atua com seu *ius gestionis*, a imunidade de jurisdição relativa encontra seu respaldo, de onde se conclui que a Administração não apenas pode, como tem o dever de se submeter à arbitragem internacional, pelo princípio da obrigatoriedade dos contratos e a fim de honrar a boa-fé internacional.

Essa também tem sido a tendência dos Tribunais Arbitrais, de se considerarem competentes para o julgamento do litígio com base no princípio da autonomia da cláusula compromissória, mesmo diante do argumento da imunidade de jurisdição. Dolinger e Tiburcio¹⁰⁹ constatam que as decisões rejeitam esse argumento na máxima do *pacta sunt servanda* e da boa-fé.

Ainda mais quando se trata de arbitragem com a Administração Pública decorrente de contrato administrativo com recurso de organismo internacional para realização de licitação internacional, a submissão do Estado é ainda mais evidente.

Primeiramente porque se trata de ato de gestão da Administração Pública (frise-se, "interesse da Administração" e não interesse público primário), e, portanto, passível de incidência da imunidade relativa. Em segundo lugar, diante da previsão do art. 32, § 6º, da Lei nº 8.666/1993, que excepciona a regra de foro nacional do art. 55, § 2º, há expressa admissão da cláusula de eleição de foro estrangeiro à arbitragem. Dessa feita, há não apenas viabilidade, mas também autorização legislativa expressa no sentido de renúncia à imunidade relativa de jurisdição do Estado para se submeter à arbitragem no exterior.

Por fim, ainda é se firma pela viabilidade em face da recente teoria autônoma sobre a natureza jurídica da arbitragem internacional. Essa teoria defende que a "arbitragem internacional tem fundamento e se desenvolve com base nas próprias regras, sem qualquer ligação com um sistema jurídico nacional"¹¹⁰, e tem como consequência a caracterização da arbitragem como transnacional, sem vinculação a um país determinado.

109 Dolinger; Tiburcio, op. cit., p. 412.

110 Idem, p. 96.

Uma arbitragem com a Administração Pública em sede estrangeira há de ser considerada como uma arbitragem internacional, em face do art. 34, parágrafo único, da Lei nº 9.307/1996, que determina como “sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”. Assim, a arbitragem em questão seria “desnacionalizada”, transnacional, sem vinculação a um país determinado, não havendo mesmo que se argumentar de imunidade de jurisdição relativa ou absoluta. Em não havendo questionamento sobre imunidade, exaurem-se os argumentos contrários, restando apenas a resposta positiva quanto à admissibilidade da arbitragem com a Administração, a ser executada em uma sede estrangeira.

3.3 PROBLEMÁTICA DA LEI MATERIAL ESTRANGEIRA EM ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A determinação da lei aplicável ao mérito da arbitragem também desperta controvérsias. A solução mais indicada determina que o árbitro aplique a lei escolhida pelas partes e prevista na convenção arbitral, por respeito ao princípio da autonomia da vontade. Entretanto, diante da ausência de escolha das partes, discute-se acerca do método a ser utilizado pelo árbitro a fim de escolher a lei material aplicável.

Vários são os procedimentos adotados em variadas convenções de arbitragem para suprir essa ausência de vontade expressa, mas, segundo Dolinger e Tiburcio, os árbitros teriam, atualmente, completa liberdade para a fixação da lei aplicável ao mérito da questão, sem recurso às regras de conexão do lugar da arbitragem ou de qualquer outro lugar¹¹¹. Para Strenger, analogicamente ao direito internacional privado moderno, a arbitragem teria adotado o princípio da proximidade, consistente na busca da lei mais adequada ao litígio, definida caso a caso, diante das características da hipótese concreta¹¹². Assim, poder-se-ia dizer que ainda vigora o recurso às regras de conexão, mas o árbitro estaria desvinculado do país no qual a arbitragem se desenvolve, representando a arbitragem internacional, assim, uma jurisdição independente e autônoma, que possui as suas próprias regras (inclusive de conexão).

Quanto à escolha da lei material pelas partes contratantes, reza a LAB, em seu art. 2º, que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. Arbitragem de direito é aquela em que as partes indicam ao árbitro as regras relativas à interpretação e à aplicação das leis de um determinado ordenamento jurídico estatal a serem impostas para a resolução do conflito. O árbitro, assim, será árbitro *iuris*, nos termos de Roque

111 Dolinger; Tiburcio, op. cit., p. 101.

112 STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996. p. 105.

Caivano¹¹³, pois atua sujeito a formas legais, decidindo os litígios segundo o direito positivo. Arbitragem por equidade, por sua vez, é aquela que permite ao árbitro julgar a disputa que lhe é submetida de acordo com os princípios da probidade e da justiça¹¹⁴.

Poderão as partes, também, segundo o § 2º do mesmo dispositivo, convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. Arbitragem com base nos princípios gerais de direito¹¹⁵ é aquela em que o árbitro é autorizado a julgar segundo enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação, quer para a elaboração de novas normas. A arbitragem segundo os usos e costumes¹¹⁶, por sua vez, permite que os contratantes determinem ao árbitro que se decida em conformidade com o direito não escrito consuetudinário, i.é, com aquelas práticas reiteradas de agir consolidadas com o tempo. Finalmente, a arbitragem segundo as regras internacionais de comércio (*lex mercatoria*) é aquela em que incidem os princípios gerais de direito, os usos e costumes do comércio internacional, a legislação dos países, bem como a jurisprudência arbitral internacional divulgada pelas instituições arbitrais em questões do comércio internacional. Assim, pode-se escolher tanto a aplicação desse conjunto difuso de elementos componentes da *lex mercatoria* quanto, por exemplo, das regras convencionais, como a Convenção de Viena de 1980 sobre a compra e venda internacional de mercadorias ou os princípios do Unidroit – Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado.

Entretanto, mesmo sendo mais indicada a aplicação da lei material determinada pelas partes, há que se questionar se há limites a essa autonomia, ou seja, se as partes podem escolher uma lei que não tenha nenhuma ligação com a hipótese concreta. Ademais, no Brasil o § 1º do art. 2º veda que as regras de direito escolhidas pelas partes violem os bons costumes e a ordem pública, o que consiste em uma limitação a essa autonomia da vontade das partes contratantes.

Segundo Clovis Beviláqua, bons costumes seriam

113 CAIVANO, Roque. *Arbitraje – Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1993. p. 71.

114 Não necessariamente o julgamento por equidade levará a uma decisão fora do direito, nem muito menos *contra legem* (contrária ao direito), visto que o árbitro buscará razões para a solução do litígio com base em um sentido maior de justiça, nos predicados morais da filosofia (Garcez, op. cit., p. 143).

115 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 299. Assim, segundo Carmona, as partes estariam submetendo, em última análise, a juízo de equidade (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*, 2. ed., p. 82).

116 Carmona [1], op. cit., p. 83.

[...] alguma coisa que existe de essencial à vida dos povos cultos no que diz respeito, mais diretamente, à moral, que fala mais profundamente ao nosso sentimento de respeito à sociedade e à dignidade humana. O conceito de bons costumes varia segundo o contexto social e histórico [...].¹¹⁷

Já o conceito de ordem pública é definido por Dolinger¹¹⁸ como elemento exógeno às leis, *in verbis*:

Identificar-se-ia por primeiro grau de ordem pública aquele de âmbito interno [...]; o segundo grau designaria a ordem pública de direito internacional privado, que é aquela que impede a aceitação de leis, atos e decisões estrangeiros contrários à ordem pública interna e, conseqüentemente, produz efeitos no plano internacional. O terceiro grau da ordem pública é o que estabelece os princípios universais, nos vários setores do direito internacional [...] – trata-se de uma ordem de valores situada acima dos sistemas jurídicos internos.

Barroso¹¹⁹, por sua vez, entende ordem pública como um princípio geral de preservação de valores jurídicos, morais e econômicos de determinada sociedade política. Internamente, a ordem pública operaria para limitar a autonomia da vontade das partes nos quais devem prevalecer, cogentemente, os comandos estatais. No plano internacional, o princípio se manifestaria de forma dúplice, ora envolvendo a aplicação direta da lei estrangeira pela regra de conexão, ora envolvendo a aplicação indireta da lei estrangeira, pelo reconhecimento de direitos adquiridos ou de situações constituídas no exterior. Assim, a ordem pública operaria no sentido de impedir a eficácia de atos jurídicos contrastantes com os valores do foro.

Este conceito de ordem pública é especialmente relevante no que se refere à hipótese ora estudada, relativa à admissibilidade da Administração Pública se submeter a uma arbitragem com lei material estrangeira, por exigência do organismo internacional fomentador. Consistiria essa aplicação em uma violação ao princípio da segurança jurídica, ou apenas uma garantia do *pacta sunt servanda*? Haveria violação à ordem pública pela sua aplicação à arbitragem?

O efeito da ordem pública no plano internacional é o de impedir a aplicação do direito estrangeiro contrastante com o nacional, quando for o caso. Desta feita, o fato de ser a Administração Pública parte na arbitragem não interfere na discussão sobre a possibilidade de se aplicar lei material estrangeira,

117 BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 114.

118 DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no Direito Internacional Privado. *Revista de Informação Legislativa*, Rio de Janeiro, ed. 90, p. 211, 1986.

119 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 46-50.

pois se sabe que é sim viável, mas que se tem de avaliar eventual violação à ordem pública em cada caso concreto. Conforme já exposto acima, agindo com seu *ius gestionis*, ou seja, comportando-se como particular, a Administração se submete à órbita privada, aos dispositivos nos termos contratados, em situação equivalente a qualquer particular que se submete a uma lei material estrangeira. Assim, esta lei estrangeira será perfeitamente aplicável à arbitragem, nos limites da sua concordância com a ordem pública nacional (da mesma forma que aconteceria caso se tratasse de uma arbitragem com um particular).

Além disso, a fim de se evitar qualquer complicação quando da execução do laudo arbitral, recomenda-se a observância do sistema jurídico adotado no lugar da execução do contrato. Isso porque a ordem pública local pode impedir o reconhecimento do laudo proferido no exterior, conforme disposto no art. V, nº 2, da Convenção de Nova Iorque.

Isso posto, conclui-se conforme Barroso¹²⁰, para quem a lei da arbitragem com a Administração Pública que aplica uma lei material estrangeira ao conflito é perfeitamente aceitável, nos limites de sua concordância com a ordem pública nacional.

CONCLUSÃO

O primeiro capítulo deste trabalho analisou a questão da arbitrabilidade, tanto subjetiva quanto objetiva, que consiste, respectivamente, na capacidade de contratar e na adequação do objeto da lide ao conceito de direitos patrimoniais disponíveis. No que se refere à Administração Pública, a arbitrabilidade objetiva mostra-se ponto controverso, por estar a Administração circunscrita ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Notou-se que existem pretensas razões para não se admitir a utilização da arbitragem pela Administração Pública: a questão da cláusula de foro judicial obrigatória nos contratos administrativos e do sigilo da arbitragem em contraposição à publicidade. Diante disso, o capítulo seguinte analisou a questão da admissibilidade da arbitragem com a Administração Pública, em que se procedeu à quebra de três paradigmas.

Primeiramente, argumentou-se que a indisponibilidade do interesse público não se contrapõe necessariamente à disponibilidade do interesse patrimonial. Isso porque, entre os diversos atos praticados pela Administração para a realização do interesse público, destacam-se aqueles em que

120 BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, p. 48.

se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, secundários, que, se disponíveis, admitem perfeitamente que o Estado se submeta à arbitragem, por se tratar de ato de gestão (*ius gestionis*). Assim, nos contratos em que não são envolvidos direitos indisponíveis, entende-se como perfeitamente possível arbitrar.

No que concerne ao segundo paradigma, argumentou-se que não há conflito de competência entre regra instituidora de foro legal exclusivo e a convenção arbitral. Isso porque a presença de uma cláusula de foro judicial obrigatória não implica em contraposição à cláusula compromissória, vez que o conflito entre o juiz e o árbitro será travado no âmbito pré-processual da jurisdição, e não no da competência. Presentes ambas as cláusulas no contrato, a dinâmica a ser adotada é de restrição da jurisdição do árbitro ao âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis, e de jurisdição estatal em todos os demais casos.

Quanto ao terceiro paradigma, argumentou-se que não há incompatibilidade entre a confidencialidade da arbitragem e o princípio da publicidade, visto que, em se averiguando a impossibilidade de sigilo no caso concreto, poder-se-ia adotar tanto o procedimento da “publicidade restrita” quanto determinar que o sigilo ceda à publicidade, como regra do processo judicial.

Em seguida, expôs-se casuisticamente a admissibilidade do recurso à arbitragem pela Administração Pública direta (especificamente União, Estado e Município) e indireta (autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e fundação pública). Além disso, analisou-se os dispositivos legais permissivos de arbitragem tanto na Lei nº 8.987/1995 e na Lei nº 11.079/2004, quanto em leis específicas (exemplificado pelas Leis nº 10.233/2001 e nº 1.312/1974). Por fim, notou-se a existência de questão controversa quanto à arbitragem como norma obrigatória nos contratos de empréstimo e financiamento das instituições multilaterais fomentadoras, previstos na Lei nº 8.666/1993. Neste ponto, identificou-se uma divergência clara entre o entendimento adotado pelo TCU e a orientação do STJ, em que este último se posicionou pela admissibilidade. Propugnou-se que carece coragem e vontade do TCU de analisar profundamente os argumentos relativos à arbitragem com a Administração Pública, visto que, especialmente no caso de licitação internacional, financiada por organismo multilateral fomentador, a arbitragem é admissível também pelos fundamentos da ordem pública internacional e da boa-fé.

No terceiro e último capítulo, abordou-se a problemática da arbitragem com a Administração Pública sob a ótica de sua condução em idioma

estrangeiro, com sede no exterior e com a aplicação de uma lei material estrangeira.

Quanto à condução da arbitragem em idioma estrangeiro, concluiu-se ser admissível porque a Administração Pública tem três opções razoáveis: pode submeter-se a um regime de “publicidade restrita” do procedimento; pode aceitar a condução da arbitragem em idioma estrangeiro e proceder à tradução dos documentos por sua conta, para a garantia da publicidade do procedimento arbitral; e pode, ainda, negociar com o organismo para que a arbitragem seja bilíngue.

Quanto à sede da arbitragem ser no exterior, concluiu-se também pela admissibilidade, mesmo diante do argumento da imunidade de jurisdição do Estado. Isto porque, ao contratar com particular estrangeiro, a Administração Pública insere-se na órbita privada da relação contratual internacional, atuando com seu *ius gestionis*, despida da soberania nacional. Assim, insere-se na seara da imunidade relativa de jurisdição, em que não apenas podem, mas devem o Estado e suas entidades administrativas se submeterem à arbitragem internacional, pelo *pacta sunt servanda* e pelo princípio da boa-fé.

Quanto ao terceiro tema, da aplicação de uma lei material estrangeira ao procedimento arbitral com a Administração Pública, verificou-se que a lei estrangeira será admissível nos limites da sua concordância com a ordem pública nacional.

Assim, conclui o presente trabalho pela admissibilidade da arbitragem com a Administração Pública nas três hipóteses estudadas: tanto em um procedimento conduzido em idioma estrangeiro quanto com sede no exterior ou com a aplicação de lei material estrangeira.