RICARDO MEDINA SALLA

**ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – BRASIL,
ARGENTINA, PARAGUAI E URUGUAI**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
PROFESSOR ORIENTADOR UMBERTO CELLI JUNIOR**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO
SÃO PAULO - SP
2013**

RICARDO MEDINA SALLA

**ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – BRASIL,
ARGENTINA, PARAGUAI E URUGUAI**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
PROFESSOR ORIENTADOR UMBERTO CELLI JUNIOR**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO
SÃO PAULO - SP
2013**

RESUMO

O propósito da presente dissertação é avaliar as características dos sistemas arbitrais internos de cada um dos países do MERCOSUL, verificando-se a compatibilidade da arbitragem, como procedimento alternativo e jurisdicional de solução de controvérsias, com as disputas oriundas de desinteligências relativas aos contratos celebrados entre agentes privados e entes da Administração Pública. Para tanto, projetamos sobre os demais ordenamentos estrangeiros as condicionantes da ordem jurídica brasileira, com o fim de compará-los quanto a questões de arbitrabilidade e consequências do emprego de cláusulas arbitrais em contratos dessa natureza.

Palavras-chave: arbitragem, arbitrabilidade, contratos administrativos, Administração Pública.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to evaluate the characteristics of each MERCOSUR's Member States internal arbitral systems, so as to verify the compatibility of the arbitration, as a jurisdictional and alternative dispute resolution procedure, with the disputes derived from deviations related to agreements executed by private parties and the Public Administration. For such a matter, we start from the perspective of the Brazilian Law, projecting its conditions into the foreign legal systems, with the scope of comparing them all with regards to subjects of arbitrability as well as to consequences of employing arbitral clauses in contracts of such nature.

Keywords: arbitration, arbitrability, administrative agreements, Public Administration.

*Aos meus anjos da guarda e pais tão amados,
Marcia Medina e Álvaro Salla.*

AGRADECIMENTOS

Não é por esse trabalho, somente, que devo agradecer à minha querida e amada mãe, Marcia Medina. A ela devo toda a minha vida. Faço, aqui, apenas uma singela homenagem, a esta que tanto batalhou, exaustiva e abnegadamente, em favor do meu crescimento, e ainda acompanha e vibra com cada um dos meus passos, como se cada um deles ainda fossem os meus primeiros. Mãe, para você todo o meu carinho.

Agradeço ao meu pai de coração, Alvaro Salla, que embora por vezes distante, está sempre tão perto, especialmente, nos momentos em que é mais necessário. Agradeço pela pessoa que é e pelo amor que me tem. Se cheguei até aqui, é porque quero cada vez mais ser você.

Ao Professor Umberto Celli Junior agradeço por todo o exemplo, dedicação e confiança. A admiração que lhe tenho, certamente, é mais que motivadora para minha jornada acadêmica. Sou grato por todos seus ensinamentos, não só jurídicos, mas especialmente de vida, os quais terei o prazer e a sorte de sempre levar comigo.

Agradeço à incansável Roberta Sati Cassoli, que se revelou muito mais que uma excepcional companheira. Foram tardes, noites e fins de semana perdidos, ajudando-me com as mais áridas tarefas, e, carinhosamente, sempre sem demonstrar um pinga sequer de fastio.

Ao Professor Fernando Fernandes da Silva, minha gratidão pelo esforço diário em nosso escritório, e por sua contribuição inestimável com a revisão deste trabalho.

Agradeço ainda ao Professor Cristiano de Souza Zanetti, pela inspiração e pelo apreço que hoje tenho pelo Direito, aos amigos de L.O. Baptista Advogados, pelos anos de companheirismo e aprendizado, e aos meus amigos e sócios de Szazi Bechara Advogados, pela paciência e cooperação durante minha imersão na preparação deste trabalho.

LISTA DE ABREVIATURAS

CGPU – Código General del Proceso de Uruguay

CIRDI – Centro Internacional de Resolução de Disputas de Investimentos

CPCCNA – Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina

LBA – Lei brasileira de arbitragem nº 9.307/96

LINDB – Lei de introdução às normas do direito brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga LICC – Lei de Introdução ao Código Civil)

LPA – Lei Paraguaia de Arbitragem nº 1.879/02

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

NAFTA – North American Free Trade Agreement

PPP – Parceria Público-Privada

TCU – Tribunal de Contas da União

TEC – Tarifa Externa Comum

UNCITRAL – United Nations Commission on International Law

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
I. PARTE GERAL.....	8
1. Arbitragem.....	8
1.1 Conceito.....	8
1.2 Contextualização	11
1.3 Convenção de Arbitragem	15
2. Arbitrabilidade.....	21
2.1. Arbitrabilidade Subjetiva.....	22
2.2. Arbitrabilidade Objetiva	26
3. Arbitragem em questões envolvendo o Estado.....	29
II – BRASIL	33
1. Arbitragem.....	33
2. Arbitrabilidade.....	35
2.1. Arbitrabilidade Subjetiva em Disputas com a Administração Pública.....	35
2.2. Arbitrabilidade Objetiva em Disputas com a Administração Pública.....	42
3. Contratos Administrativos.....	49
4. Contrato de Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública	53
5. Características das arbitragens envolvendo o Estado	59
5.1. Publicidade	59
5.2. <i>Ex aequo et Bono</i>	61
5.3. Sede, idioma e lei aplicável	63
III. ARGENTINA.....	69
1. Arbitragem.....	69
2. Arbitrabilidade.....	71
2.1. Arbitrabilidade Subjetiva em Disputas com a Administração Pública.....	71
2.2. Arbitrabilidade Objetiva em Disputas com a Administração Pública.....	75
3. Contratos Administrativos.....	79
4. Contrato de Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública	84
5. Características das arbitragens envolvendo o Estado	89
5.1. Publicidade	89
5.2. <i>Ex aequo et bono</i>	91
5.3. Sede, idioma e lei aplicável	95
IV – PARAGUAI.....	99
1. Arbitragem.....	99
2. Arbitrabilidade.....	101
2.1. Arbitrabilidade Subjetiva em Disputas com a Administração Pública.....	101
2.2. Arbitrabilidade Objetiva em Disputas com a Administração Pública.....	103
3. Contratos Administrativos.....	108
4. Contrato de Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública	112
5. Características das arbitragens envolvendo o Estado	115
5.1. Publicidade	115
5.2. <i>Ex aequo et bono</i>	118

5.3. Sede, idioma e lei aplicável	119
V – URUGUAI.....	123
1. Arbitragem.....	123
2. Arbitrabilidade.....	127
2.1. Arbitrabilidade Subjetiva em Disputas com a Administração Pública.....	127
2.2. Arbitrabilidade Objetiva em Disputas com a Administração Pública	132
3. Contratos Administrativos.....	134
4. Contrato de Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública	139
5. Características das arbitragens envolvendo o Estado	143
5.1. Publicidade	143
5.2. <i>Ex aequo et bono</i>	144
5.3. Sede, idioma e lei aplicável	146
VI – QUADRO COMPARATIVO	150
VII – CONCLUSÃO	151
IX – BIBLIOGRAFIA	155

INTRODUÇÃO

O MERCOSUL, criado pelo Tratado celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, na cidade de Assunção, em 26 de março de 1991, e dotado de personalidade jurídica internacional, a partir da assinatura do Protocolo de Ouro Preto, em 17 de dezembro de 1994, é fruto de um processo evolutivo de integração econômica regional, que tem como base, a organização de uma união aduaneira.

Com efeito, a idealização do MERCOSUL não se resume a uma cooperação econômica entre os Estados-membros. Mais que isso, trata-se de uma iniciativa mais aprofundada, derivada da internacionalização dos mercados regionais e que remete a uma efetiva intenção integracionista.

Como explicava Balassa, o movimento de integração entre países tenderia a passar por determinadas etapas, sendo cada uma delas como que um degrau a ser superado para se alcançar o nível mais sofisticado de composição. Assim, os Estados negociariam, primeiramente, o estabelecimento de uma zona de livre comércio, que viabiliza a unificação tarifária para o comércio desempenhado entre os países membros, sem lhes impedir de manter suas próprias autonomias com relação às suas respectivas políticas tarifárias perante terceiros países. Em um segundo momento, os países parceiros seguiriam para a instalação de uma união aduaneira, que, mais que a zona de livre comércio, exige dos países a unificação de suas políticas tarifárias perante terceiros não-membros (Tarifa Externa Comum – “TEC”). Na terceira fase, já em estágio mais avançado, os países progrediriam para a criação de um mercado comum, que, além da união aduaneira, permite o livre trânsito de fatores de produção e mão-de-obra (cidadãos dos países membros). No quarto degrau, os países chegariam a uma união econômica, com o aprimoramento do mercado livre e harmonização das políticas econômicas, até que, por fim, chegar-se-ia à quinta etapa, esta de integração econômica total, a qual, mais que a harmonização, exigiria a unificação

de políticas econômicas e sociais, estabelecendo-se organismos supranacionais regulatórios e de resolução de controvérsias¹.

A despeito das contribuições de Balassa, percebe-se, hoje, que o processo de integração não atende necessariamente às etapas propostas pelo autor. Alguns processos interativos buscam apenas estabelecer novas aproximações entre países, sem, contudo, visar à unificação política ou econômica. Por isso, melhor que *etapas*, seguimos a opinião de Celli Junior, ao chamarmos cada um desses formatos relacionais de *categorias* de integração², que podem tanto estagnar-se quanto seguir para uma conexão mais sólida. Como exemplo, citamos o NAFTA que não tem a intenção de evoluir para a unificação política, econômica ou social. Ao contrário, ele nasceu com a intenção única de flexibilizar as barreiras comerciais existentes entre os países que o compõem.

O MERCOSUL, por sua vez, nasceu com a ideia de estimular, cada vez mais, a integração entre os países-membros, partindo-se da criação de uma união aduaneira. Assim, embora esse estágio ainda não tenha sido perfeitamente observado, já que existem muitas exceções às TECs estabelecidas³, o fato é que, para se evoluir no sentido da integração, há ainda que se passar pela fronteira da harmonização de aspectos jurídicos essenciais.

É justamente a esse propósito que o presente trabalho vem se juntar, isto é, permitir que se tenham mais aclarados certos aspectos de cada um dos sistemas jurídicos dos Estados-membros, notadamente sobre o processo arbitral, e, mais especificamente, sobre as

¹ BALASSA, Bela. *Teoria da Integração Econômica*. Lisboa : Livraria Clássica Editora A.A. Teixeira & C.A. (Filhos) Ltda., 1964, p. 13.

² A esse respeito, Celli Junior esclarece que “essas distinções lineares não se sustentaram ao longo da história. A crescente interdependência comercial e econômica entre os Estados, forjada no contexto da globalização, gerou modelos e categorias de integração e cooperação, que, na prática, se sobrepõem e, frequentemente, contêm elementos estruturais muito similares”. (CELLI JUNIOR, Umberto. *Teoria da Integração: em Busca de um Modelo Alternativo*. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CELLI JUNIOR, Umberto; ARAÚJO, Leandro Rocha de (coord.). *Blocos Econômicos e Integração na América Latina, África e Ásia*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 23).

³ AMARAL JUNIOR, Alberto. *Law and politics: the case of MERCOSUR*. Disponível em <<http://www.uv.es/esil2012/pdf/Junior.pdf>>. Acesso em 15 jan 2013.

arbitragens oriundas de disputas envolvendo contratos administrativos, em cada um dos países do MERCOSUL.

Se, por um lado, optamos por avaliar os contratos administrativos, em vista do considerável crescimento atual dos investimentos em infraestrutura, por meio da contratação de empresas pela Administração Pública, por outro, optamos pela análise do emprego da arbitragem em relações público-privadas, pois, como salienta All, “la complejidad de las relaciones económicas de los últimos tiempos, la globalización financiera, el desarrollo de los medios de comunicación, las tendencias hacia la integración, la innovación de las estrategias comerciales, las preferencias del empresario moderno por la economía en los costos hacen de la institución arbitral una herramienta idónea para la resolución de conflictos”⁴.

Note-se que não temos a intenção de estudar, aqui, a arbitragem de caráter intergovernamental *ad hoc* (estabelecida pelo Protocolo de Brasília), nem aspectos relativos ao Tribunal Permanente de Revisão (implantado pelo Protocolo de Olivos), tampouco os demais acordos que regulamentam o MERCOSUL⁵. A intenção do presente estudo é analisar a regulação arbitral interna de cada um dos Estados-membros, sob o prisma da relação entre contratante (Administração Pública) e contratado (privado), com o fito de contribuir para a harmonização dos institutos relativos a esse instrumento procedimental de solução de disputas entre os Estados-membros do MERCOSUL.

Assim esclarece Taquela:

“las materias que no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje, no han quedado unificadas por los Acuerdos del Mercosur. Quedan sometidas acumulativamente a los derechos internos del país sede del arbitraje y del país donde se pida el reconocimiento del laudo.

(...)

La capacidad para celebrar un acuerdo arbitral se rige por la ley del domicilio de cada parte. Se mantiene así el criterio que en materia de

⁴ ALL, Paula Maria. Consideraciones sobre el Convenio Arbitral en el Arbitraje Internacional. In: KLOR, Adriana Dreyzin de.; ARROYO, Diego P. Fernández (dir). *Arbitraje*. Buenos Aires: Zavalia, 2004. p. 27.

⁵ TAQUELA, Maria Blanca Noodt. *Arbitraje Internacional en el Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 34.

capacidad, siguen los sistemas de los cuatro países del Mercosur y Asociados”⁶.

Ademais, o presente trabalho não contempla a análise de acordos bilaterais, nem a avaliação do sistema de solução de controvérsias no âmbito do CIRDI, uma vez que o Brasil não ratificou a Convenção de Washington, de 1965, que regulamenta a arbitragem entre Estados e investidores. Em que pese ser este assunto o mais fervilhante sobre a realidade argentina atualmente⁷, optamos por promover esse estudo a partir de uma perspectiva do Direito brasileiro, sem perder o escopo comparatista, e de modo a analisar apenas as regulações internas de cada país.

Além disso, no que concerne o desenvolvimento do direito brasileiro, temos que os ordenamentos estrangeiros postos em comparação dispõem de características singulares quanto ao uso da arbitragem e da transação pela Administração Pública. Nesse sentido, especialmente em vista da força-tarefa empreendida pela comissão especial instalada pelo Senador Renan Calheiros, em setembro de 2012, com vista à promoção da revisão da lei brasileira 9.307 de 23 de setembro de 1996, acreditamos que um estudo aprofundado sobre a matéria, inclusive, sob a perspectiva internacional, pode ser de bom proveito para eventuais novas propostas de regulação interna.

Em que pese entendermos que a lei 9.307/96 já contempla adequadamente as necessidades de normatização arbitral no Brasil, e apesar de recearmos que modificações possam trazer consequências negativas ao sistema que, hoje, encontra-se bem implantado e em bom estado de funcionamento, não descartamos que aprimoramentos lhe sejam assimilados. Assim como Wald, entendemos, com muita cautela e parcimônia, que brevíssimas alterações possam contribuir para o esclarecimento de dúvidas quanto a

⁶ Idem, p. 64 e 66.

⁷ Em corroboração ao exposto, Arroyo: “En este tema, no es un dato de menor importancia la notable peregrinación al CIADI que muchas empresas han realizado recientemente para presentar demandas contra la República Argentina que, atravesando una difícilísima situación económica, adoptó medidas de emergencia a principios de 2002. Los datos chocan: de los treinta asuntos iniciados en 2003, nada menos que diecisiete fueron contra este país y en 2004 la cifra no ha parado de aumentar. La relevancia de esta referencia tiene que ver, sobre todo, con la actitud de rechazo que se estaría provocando contra el arbitraje en Argentina y el aviso que esto significa para otros Estados. (ARROYO, Diego O. Fernández. *Los dilemas del Estado frente al Arbitraje Comercial Internacional*. Revista Brasileira de Arbitragem, nº 05, p. 118 e 119).

conflitos de competência⁸, e, exatamente, por essa razão, é que buscamos nos ordenamentos analisados as figuras jurídicas já em uso, para ponderação do que se pode aproveitar e do que se deve rejeitar⁹.

Em vista do cenário que se apresentou acima, partimos do ordenamento brasileiro e, especificamente, das normas que regulamentam a arbitragem em âmbito federal, para, daí em diante, projetar sobre as ordens jurídicas estrangeiras a mesma ótica de reflexão acerca da utilização desse sistema extrajudicial de solução de controvérsias pela Administração Pública. Em outras palavras, buscou-se avaliar, de forma espelhada, as similitudes e diferenças de tratamento que é dado às arbitragens envolvendo entes estatais em cada um dos ordenamentos analisados, sob o ponto de vista das características e condicionantes observadas na legislação brasileira. Assim é, por exemplo, que optamos por incluir em cada um dos capítulos, o item *sede, idioma e lei aplicável*, uma vez que algumas das principais leis brasileiras autorizadas do emprego de convenções arbitrais em contratos administrativos exigem que as arbitragens relacionadas a tais contratos sejam, necessariamente, processadas em língua portuguesa, com sede no Brasil e julgadas à luz do direito arbitral brasileiro. Com efeito, a referida análise espelhada tem a finalidade de verificar se há, nos países vizinhos, imposições semelhantes, mais rígidas ou mais flexíveis¹⁰, trazendo subsídios que nos permitam ponderar se formalidades como essas podem gerar mais benefício ou prejuízo ao uso da arbitragem envolvendo a Administração.

⁸ WALD, Arnaldo. Proposta de reforma da Lei de Arbitragem surpreende o mercado. *Revista Capital Aberto*. n. 110, out. 2012. Entrevista concedida a Yuki Ykoi.

⁹ A esse respeito, David apresenta o estudo do direito comparado como um potencial lapidador do direito nacional: “Le droit comparé a um rôle de premier plan à jouer dans la science du droit. Il tend en effet, en premier lieu, à éclairer les juristes sur le rôle et la signification du Droit, en mettant à profit, à cette fin, l’expérience de toutes les nations. Il vise d’autre part, sur un plan plus pratique, à faciliter l’organisation de la société internationale en faisant voir les possibilités d’accord et en suggérant des formules pour la réglementation des rapports internationaux. Il permet en troisième lieu aux juristes de diverses nations, pour ce qui concerne leurs droits internes, d’envisager leur amélioration, en s’évadant de la routine”. (DAVID, René. *Les grands systèmes de Droit Contemporains*. 7. ed. Paris: Dalloz, 1978, p. 18).

¹⁰ Nesse sentido, Dolinger: Por meio deste estudo comparativo, deparam-se as convergências e as divergências, descobrem-se semelhanças onde se poderia pensar haver conflitos e outras vezes diagnosticam-se diversidades onde se pensava haver uniformidade; também se apontam as origens das convergências e as razões das divergências e pesquisam-se possibilidades de aplainar estas em favor daquelas. (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado, Parte Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 41).

A propósito, seguimos o método da projeção, sempre cuidando para observar as recomendações de Zweigert e Kötz, ao manter a preocupação de não olhar o problema em questão com os olhos de quem enxerga apenas o próprio direito nacional¹¹.

Antes de iniciarmos a projeção do ordenamento brasileiro sobre os demais, optamos por, no primeiro capítulo, levantar bases conceituais – sob o prisma de todas as ordens jurídicas estudadas – acerca dos temas que seriam mais tarde vistos com maior densidade. Desse modo, o primeiro capítulo (Parte Geral) serve como uma fase de preparação para a leitura dos capítulos subsequentes, cujos conteúdos requerem prévia elucidação, para potencializar a reflexão sobre aspectos de maior minudência. Como se poderá perceber, por oportunidade do primeiro capítulo, trouxemos esclarecimentos sobre conceitos que serão diversamente revisitados ao longo do trabalho, tais como o significado de (i) arbitrabilidade subjetiva, (ii) arbitrabilidade objetiva, (iii) convenção arbitral, (iv) compromisso arbitral, (v) cláusula arbitral, entre outros.

No segundo capítulo, optamos por analisar o ordenamento brasileiro, por ser este o nosso ponto de partida e eixo de projeção sobre os demais ordenamentos. Nesse momento, promovemos ponderações acerca da arbitrabilidade de questões envolvendo a administração pública, e buscamos refletir sobre as condições em que arbitragem pode ser utilizada. Para este último propósito, demonstrou-se importante se ter melhor esclarecimento sobre o regime legal dos contratos celebrados pela Administração, e, para isso, dedicamos ao capítulo algumas linhas conceituais sobre contratos administrativos e demais acordos firmados por entes públicos, notadamente, sociedades públicas e de economia mista.

¹¹ Assim esclarecem os autores: “one must never allow one’s vision to be clouded by the concepts of one’s own national system; always in comparative Law one must focus on the concrete problem. The beginner often jumps to the conclusion that a foreign system has nothing to report on a particular problem. The principle of functionality applies here. Even experienced comparatists sometimes look for the rule they want only in the particular place in the foreign system where their experience of their own system leads them to expect it: they are unconsciously looking at the problem with the eyes of their own system. If one’s comparative researches seem to be leading to the conclusion that the foreign system has nothing to report one must rethink the original question and purge it of all the dogmatic accretions of one’s own system” (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. 3. ed., Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 1998, p. 35).

Note-se que os mesmos parâmetros foram utilizados quando da avaliação dos demais ordenamentos, para, assim, manter-se o mesmo eixo de projeção, partindo do direito brasileiro. Desse modo, visou-se alcançar um ambiente de comparação imediata entre as ordens jurídicas de cada um dos países analisados, que vem a culminar na confecção do quadro comparativo, que traz as principais características de cada ordenamento, no tocante ao uso da arbitragem pela Administração Pública.

O quadro comparativo, como se verá, ao apresentar esquematicamente as características de cada ordenamento, apontará as principais discrepâncias e semelhanças, com vistas a viabilizar o diagnóstico dos aspectos mais delicados a serem abordados quando da tentativa de harmonização dos sistemas adotados pelos Estados-Membros do MERCOSUL.

Adicionalmente, em nossa conclusão, mais que um apanhado das questões discutidas neste trabalho, buscaremos promover uma crítica às regras de cada país, de maneira a destacar aquilo que entendemos como vicissitudes, e que poderiam ser suprimidas ou transformadas, bem como destacaremos aqueles aspectos que julgamos positivos, e que, por isso, devem ser mantidos e aproveitados pelos países.

I. PARTE GERAL

1. ARBITRAGEM

1.1 CONCEITO

De modo reduzido, definimos arbitragem como um meio privado, heterocompositivo e jurisdicional de solução de controvérsias, em que as partes litigantes (pessoas capazes) concordam em nomear terceiros (árbitros) para julgarem certa questão objeto de disputa, relativa a direitos patrimoniais disponíveis¹².

Apesar das definições de arbitragem trazidas pelas leis de outros países, inclusive destes que são alvo do presente trabalho, apresentarem algumas diferenças conceituais, continuamos a adotar como definição-padrão aquela mencionada no parágrafo acima. Isso porque, como se verá ao longo desse trabalho, a redação que aqui propomos não só se

¹² Entre as conceituações de autores brasileiros, destacamos o texto de Carmona, que entende a arbitragem como “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2a. ed. São Paulo: Atlas. 2004. p. 51). Entre os uruguaios, destacamos as antigas lições de Miranda. Optamos por incluí-la aqui, pela lucidez do autor quanto ao instituto arbitral, desde os idos de 1916, e por esta definição trazer uma peculiaridade da regulação arbitral uruguiaia, que trataremos mais adiante: a arbitragem forçosa: “El juicio arbitral es una contienda entre partes, sometida voluntaria o forzosamente, al conocimiento y resolución de terceros, elegidos por ellos o por la autoridad judicial en subsidio” (MIRANDA, Julián Eduardo. *El Juicio Arbitral: Comentarios al Título VII, Parte Primera del Código de Procedimiento Civil*. Montevideo: Talleres Gráficos del Estado, 1916). Da doutrina Argentina, extraímos a definição da obra de Rufino, parafraseando a jurisprudência (CNCiv., sala G, 14/8/90), que assim estabelece: “El juicio arbitral es un sustituto de la jurisdicción, en cuya virtud los árbitros tienen la atribución de sustanciar y decidir contiendas no exclusivamente reservadas al Poder Judicial por un procedimiento en el que prevalece la libertad de las formas y que reviste carácter obligatorio cuando las partes lo han convenido por medio de una cláusula compromisoria” (RUFINO, Marco A. *El Proceso Arbitral*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992. p. 33). Do Paraguai, trazemos o excerto contido no sítio de internet da Câmara Nacional de Comércio e Serviços do Paraguai: “El Arbitraje es la remisión de una disputa a una o más personas imparciales para una resolución final y obligatoria. La remisión de la disputa se produce en base a un acuerdo de partes, permitido por ley, para que la disputa sea resuelta por árbitros.” Disponível em: <<http://www.camparaguay.com/v3/index.php#>>. Acesso em: 11 mar. 2011)..

aproxima mais estreitamente da prática internacional¹³, como também se distancia de comparativos entre a arbitragem e a transação, que, a nosso ver, são institutos diferentes, e, por assim serem, devem ser tratados distintamente.

Nas palavras de Devolvé “ *L’arbitrage a deux caractéristiques essentielles : c’est une procédure à la fois conventionnelle et juridictionnelle* ”¹⁴. Esta noção é particularmente importante, pois sua má interpretação teórica pode induzir o aplicador a erros práticos, como já se verificou, por exemplo, na jurisprudência e na doutrina brasileira¹⁵.

Embora, em origem, a arbitragem tenha fonte contratual, pois as partes devem concordar e contratar sobre levar suas disputas à apreciação de um árbitro, o procedimento que lhe é próprio tem natureza fundamentalmente processual. Frise-se que a característica convencional da arbitragem não lhe atribui a ideia de método pacífico ou amigável de solução de controvérsias.

Com efeito, o momento pacífico, amigável ou, como chamou Devolvé, convencional, verifica-se somente quando da avença entre as partes que as fez optar pela arbitragem, em prejuízo de outra via resolutiva, como a judicial, por exemplo. Trata-se da contratação de cláusula compromissória (antes do conflito) ou de compromisso arbitral (após a instauração do conflito).

Quando instaurado o litígio e iniciada a arbitragem, a sua fase convencional é superada, e dá espaço a uma fase contenciosa, em que as partes enfrentam ritos

¹³ Fouchard define a arbitragem como sendo “méthode apparemment rudimentaire de règlement des différends, puisqu’elle consiste à les soumettre à de simples particuliers dont le seul titre est d’être choisis par les parties” (FOUCHARD, Philippe. *L’Arbitrage Commercial International*. Paris: Dalloz, 1965, p. 1).

¹⁴ DEVOLVÉ, Pierre. Rapport général. In: *Les Solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées : conciliation, médiation et arbitrage*. Conseil de l’Europe, 2000. p. 15.

¹⁵ A esse respeito, Moreira Neto: como só há três modos de solucionar amigavelmente controvérsias contratuais: pela *mediação, pela conciliação e pela arbitragem*, não resta a menor dúvida de que o legislador brasileiro a previu *expressamente*, embora sem explicitar, como *uma das modalidades que devem ser necessariamente adotadas*. Com efeito, o dispositivo legal só elenca cláusulas essenciais, não-facultativas, de sorte que a eleição de foro e a previsão de algum dos modos amigáveis de solução de divergências contratuais não podem ser omitidas nos contratos de concessão e de permissão de serviços públicos”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 209, p.88, 1997).

regulamentados, submetem-se ao contraditório e sujeitam-se a uma sentença final, impositiva e determinativa.

Sendo assim, talvez pelo momento histórico em que alguns autores trataram da questão, quando ainda maiores dúvidas e incertezas pairavam sobre o assunto, equivocaram-se quanto à natureza da arbitragem¹⁶. A propósito, Lima¹⁷ e Dallari¹⁸, de modo precipitado, colocavam os processos de conciliação, mediação e arbitragem em pé de igualdade, entendendo-os todos como métodos pacíficos e amigáveis de solução de disputas.

Hoje, por outro lado, com a maior utilização e debate acadêmico sobre esses institutos, temos uma leitura mais clara sobre suas naturezas, o que nos permite afirmar que, enquanto a mediação e a conciliação são métodos autocompositivos, portanto, dependentes do acordo final entre as partes para fechamento da lide, a arbitragem é um método heterocompositivo e jurisdicional, cujo encerramento se dá somente com a última palavra do árbitro.

Vale lembrar que o termo *jurisdição*, que em latim significa *dizer o direito*, é gênero das espécies *judicial* e *arbitral*. Em ambas as espécies de jurisdição (sistema judicial e arbitral), o resultado vislumbrado é a imposição de uma sentença por um terceiro, seja ele juiz ou árbitro. Afinal, tanto um como o outro têm poder decisório e impositivo, ou seja, *dizem o direito*.

¹⁶ “La nature juridictionnelle ou contractuelle de l’arbitrage a fait l’objet d’une vaste discussion qui s’est développé pendant toute la première moitié du XXe siècle. Il s’agissait à l’époque, pour les auteurs favorables au développement de l’arbitrage, de favoriser son évolution en insistant sur son caractère contractuel, la conception juridictionnelle mettant davantage l’accent sur la concurrence que l’arbitrage était censé faire aux juridictions étatiques. De même, le fait de souligner le caractère contractuel de l’arbitrage permettait de faire échapper les sentences étrangères au régime de reconnaissance, à l’époque passablement contraignant, applicable aux décisions de justice étrangères. Lorsque ces sujets ont fait l’objet d’un consensus plus large en faveur d’un libéralisme accru à l’égard d l’arbitrage, le débat s’est épuisé dans la constatation vide de sens du caractère ‘mixte’ ou ‘*sui generis*’ de l’institution. Sur le plan idéologique, on peut y voir l’indice que les représentations véhiculées par chacune des conceptions ont perdu toute véritable utilité, leur objet ayant été accompli ou dépassé. Les termes du débat étaient, à la vérité insuffisants, le caractère contractuel de l’arbitrage ne permettant pas à lui seul de répondre à la question plus fondamentale de la source de la validité de la convention donnant aux arbitres le pouvoir de juger (GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. p. 32-33.)

¹⁷ DE LIMA, Cláudio Vianna. A Lei de Arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 209, p. 101, 1997.

¹⁸ DALLARI, Adilson de Abreu. Arbitragem na Concessão de Serviço Público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 13, p. 5, 1996.

Como lembra Caivano, a jurisdição não é um atributo exclusivo dos juízes do Estado¹⁹. “O árbitro decide como o juiz, e sua autoridade, em relação ao litígio submetido à sua decisão, é similar à do magistrado. Ambos possuem a mesma jurisdição, entendida esta como declarar o Direito, com a diferença de que a do juiz é conferida pela comunidade, pela Constituição, e a do árbitro pelas partes, pela convenção arbitral”²⁰. Como esclarece Gonçalves:

“No tocante à identidade da arbitragem, é necessário destacar que o árbitro é titular da missão jurisdicional que lhe é confiada pelas partes para solucionar um litígio, e deve fazê-lo à luz dos elementos que distinguem a arbitragem da justiça estatal. Neste ponto, cumpre ressaltar duas características da arbitragem que a distinguem da jurisdição estatal: (a) o árbitro não pronuncia a sua decisão em nome de um Estado, ou na fórmula francesa ‘l’arbitre n’a pas de for’; (b) o poder jurisdicional dos árbitros deriva de um contrato, a convenção de arbitragem”²¹.

1.2 CONTEXTUALIZAÇÃO

A arbitragem contemporânea é fruto da adaptação do Direito às necessidades sociais e econômicas da atualidade. Ela é hoje uma realidade no ordenamento de diversos países, e vem cada vez mais deixando de ter como premissa a internacionalidade das disputas para sua utilização.

Qualificamos acima a arbitragem como contemporânea para diferenciá-la da forma como ela era utilizada até pouco tempo atrás. Afinal, esse método de solução de controvérsias, apesar de há muito conhecido, vem sofrendo consideráveis modificações ao longo dos últimos anos.

¹⁹ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc. 2000, p. 24.

²⁰ MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luis Olavo. *Arbitragem Comercial*. (1ª ed.) Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p.72.

²¹ GONÇALVES, Eduardo Damião, “Breves Considerações sobre as Relações do Poder Judiciário com a Arbitragem (a Propósito da Participação dos Tribunais Estaduais na Fase de Constituição dos Tribunais Arbitrais) in MARTINS, PEDRO A. BAPTISTA e GARCEZ, JOSÉ MARIA ROSSANI (coord.) *Reflexões sobre Arbitragem*, São Paulo, LTR, 2002, p. 212.

Para se ter ideia da longevidade histórica do instituto, a arbitragem já era empregada na Antiguidade Clássica, na Grécia, a partir das reformas implantadas por Sólon. Nas palavras de Baptista:

“No quadro da pólis grega, não havia justiça estatal, nos moldes como hoje a conhecemos. A ordem jurídica, por isso, não atribuía à arbitragem o papel moderno de modo ‘voluntário’ de resolução de conflitos, muito menos a possibilidade de recurso último aos juízes para fazer valer o teor da decisão arbitral. Conforme a matéria, era o povo quem decidia, reunido na ágora. A alternativa era a arbitragem, limitada a questões de direito privado”.

Ademais, como explica Moreira Alves, o sistema também era aproveitado pelos romanos²²:

“Durante toda a evolução do direito romano (...) sempre se admitiu que os conflitos individuais fossem resolvidos por árbitros escolhidos, sem interferência do Estado, pelos litigantes”²³. “(...) O *iudex unus* ou é designado de comum acordo, pelas partes, ou, na ausência de concordância, escolhido entre os nomes constantes de uma lista (*album indicum*), da seguinte maneira: o autor indica, sucessivamente, os nomes de pessoas que figuram no *album iudicum*, e o réu tem o direito de recusar os que não lhe inspiram confiança; a escolha recai no primeiro que, indicado pelo autor, obtém o assentimento do réu. A recusa de todos os nomes da lista é interpretada pelo magistrado como intenção do réu de não se defender convenientemente (*indefensus*)”²⁴

A arbitragem também servia a outros ordenamentos, mesmo fora do eixo cultural greco-romano. Com efeito, enquanto entre os judeus a arbitragem teria surgido pouco tempo após a justiça comum de Moisés, entre os muçulmanos se verificavam indícios de sua existência no Corão²⁵.

²² “Parece razonable pensar que en los primeros tiempos de la comunidad política romana, con anterioridad a la organización de la administración de la justicia y de la atribución de competencias a magistrados y jueces, la decisión de las controversias entre los particulares se encargaría a uno o varios árbitros, elegidos de común acuerdo por los interesados en solucionar sus conflictos”. (BUJÁN, Antonio Fernández de. *Derecho Público Romano, Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. 9. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 409

²³ MOREIRA ALVES, José Carlos, “Direito Romano”, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 221.

²⁴ Idem, p. 228

²⁵ DOLINGER, Jacob. *Conciliação e Arbitragem no Direito Judaico* in MARTINS, PEDRO A. BAPTISTA e GARCEZ, JOSÉ MARIA ROSSANI (coord.), *Reflexões sobre Arbitragem*. São Paulo: LTR. 2002. pp. 60-61

Em progressão, a arbitragem veio se desenvolvendo paralelamente aos instrumentos processuais estatais, sendo, no século XIX e início do século XX, bastante utilizada para resolver litígios envolvendo interesses internacionais. Isso porque sua natureza, fortemente atrelada à autonomia da vontade das partes, conferia-lhe a flexibilidade que o Poder Judiciário não era capaz de oferecer. Assim, a liberdade de escolha das leis aplicáveis aos pleitos, a simplicidade dos ritos, a possibilidade de utilização de idiomas distintos, entre outras, eram características fundamentais que faziam as partes envolvidas em litígios internacionais optar pela arbitragem em detrimento da justiça estatal, cuja jurisdição, influenciada por ideais de soberania incutidos na toga de juízes estatais e em regras de direito privado, amiúde se apresentava como fator de desequilíbrio contratual²⁶.

Da mesma forma e à mesma época, a arbitragem era utilizada para dissolver litígios entre Estados. Com efeito, “as duas Convenções de Haia para solução pacífica das divergências, em especial a de 18 de outubro de 1907, fazem referência à arbitragem, e durante os tempos modernos, são as antecessoras mais notáveis da Carta das Nações Unidas no que diz respeito à regulamentação das soluções pacíficas de controvérsias”²⁷.

É preciso perceber que Baptista se refere a meios pacíficos em contraposição à intervenção bélica entre países. Afinal, na falta de um instrumento que viabilize a comunicação, a intermediação e o esclarecimento entre entes soberanos, a única forma de resolver as divergências recairia sobre o emprego da força. O uso da expressão “meios

²⁶ “En el ámbito transfronterizo, los contratantes se encuentran comúnmente ante la opción de someter sus eventuales conflictos a un tribunal ‘nacional’ o al arbitraje internacional’. En el primer caso se presenta el riesgo de tener que litigar en otro país ante juzgadores que probablemente manejarán criterios ‘nacionales’, desconociendo la problemática del que hacer mercantil transfronterizo. Por lo demás, la parte foránea deberá recurrir a los servicios de abogados de esa jurisdicción, muchas veces desconocidos o al menos no de su confianza, y el proceso puede resultar conducido en un lenguaje que quizás no sea el del contrato, con las consecuentes complicaciones de los documentos básicos de la contienda deberá ser traducidos, lo que implica costos y retrasos, más la posibilidad generada por malos entendimientos. En contrapartida, el arbitraje provee un método barato y eficiente para resolver disputas internacionales sin muchas de estas complicaciones, normalmente en sitios y ante árbitros neutrales y competentes en cuestiones técnicas del comercio exterior, por lo general – además – con habilidades en el manejo de distintos idiomas. También suele ser ‘neutral’ el derecho aplicable en los arbitrajes, con una tendencia a sustraerse de localismos y arcaicas fórmulas de Derecho Internacional privado conflictualistas, apuntándose, en vez, a soluciones universales o transnacionales”. (RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. *Contratación y Arbitraje: Contribuciones Recientes*. Assunção: CEDEP, 2010. p. 57-58)

²⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. Op. cit. p. 43.

pacíficos”, contudo, em nada tem a ver com a ideia de solução amigável, já que não se trata de autocomposição, mas de heterocomposição, a partir da prolação de sentença definitiva.

Avançando-se no uso da arbitragem em âmbito internacional público, não só Estados se socorriam desse método para resolver disputas entre si, como também se passou a permitir que agentes privados pudessem iniciar procedimentos contra entes soberanos, flexibilizando-se, dessa forma, o conceito de imunidade de jurisdição conferido ao Estado, e a falta de personalidade jurídica do sujeito privado na esfera do Direito Internacional Público. Dessa iniciativa surgem foros adjudicatórios internacionais como o Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos (“CIRDI”), que, por meio da Convenção de Washington, de 1966, vem regulamentar e administrar procedimentos arbitrais envolvendo Estados e investidores particulares.

Nesse tocante, valem as palavras de Alvik:

“Under a classical view of public international law, individuals and private, non-state entities were inhibited from advancing individual claims against states by a fundamental lack of standing under international law. While perhaps somewhat stricter in retrospect than in reality, a prevailing view in mainstream doctrine was (and to some extent still is) that individuals lacked fundamental legal capacity under international law. The law in this respect was cast out of a strong concept of state sovereignty, which appeared mainly in two guises. First, there was the doctrine of sovereign immunity, which ruled out the possibility of bringing claims against other states before municipal courts. Secondly, and in many ways complementary to this, was the exclusive right of states to espouse the claims of their nationals against other states by exercising diplomatic protection”²⁸.

E se a arbitragem já vinha sendo admitida para solucionar disputas internacionais, tanto públicas quanto privadas, por que não, então, utilizá-la para solucionar disputas nacionais? De fato, a arbitragem tem um longo percurso histórico, e, apesar de sua conotação internacional, ela cada vez mais frequentemente tem sido utilizada para remediar

²⁸ALVIK, Ivar. *Contracting with Sovereignty: State Contracts and International Arbitration*. Portland: Hart Publishing, 2011. p. 13.

controvérsias domésticas, das quais aqui pretendemos tratar, especialmente, sobre aquelas envolvendo partes públicas e privadas em um mesmo procedimento.

1.3 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A despeito do teor jurisdicional inerente à arbitragem, alguns países impõem formalidades especiais para que laudos arbitrais sejam exequíveis. O Chile, por exemplo, permite que os laudos sejam apeláveis a um tribunal arbitral superior²⁹. O Brasil, até a promulgação da lei 9.307/96, impunha, como condição à exequibilidade dos laudos nacionais, a sua homologação prévia em juízo comum, e, em caso de sentenças arbitrais estrangeiras, a dupla homologação.

Entretanto, mesmo levando em conta os empecilhos acima, parece-nos que o maior entrave para o avanço das arbitragens domésticas encontrava-se na eficácia das cláusulas arbitrais, de acordo com cada ordenamento.

Apesar de a doutrina já ter exaustivamente debatido o conceito de convenção arbitral e suas derivações (cláusula arbitral e compromisso arbitral), parece-nos oportuno abordar o tema, ainda que com brevidade, pois devemos tê-lo esclarecido para o bom entendimento deste subcapítulo.

A convenção arbitral, pacto arbitral ou acordo de arbitragem são expressões sinônimas que se referem à avença das partes em submeter seus litígios, potenciais ou pré-existentes, à arbitragem. Essa convenção pode ser negociada em momentos distintos: antes do surgimento do litígio, isto é, quando da estipulação das obrigações principais de um contrato (cláusulas) ou quando da ocorrência da disputa. No primeiro momento, tem-se a cláusula arbitral ou cláusula compromissória³⁰, e, no segundo, o compromisso arbitral³¹.

²⁹ PALMA, María Fernanda Vásquez. *Arbitraje en Chile: Análisis Crítico de su Normativa y Jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing, 2009. p. 334.

³⁰ “La cláusula compromisoria, como su nombre lo indica, es un dispositivo generalmente incluido como una cláusula más en el contrato principal. En el momento de prever una cláusula compromisoria en un contrato,

Não obstante os ordenamentos que serão aqui analisados não imporem vedações explícitas ao uso da arbitragem em disputas nacionais, obstáculos jurisprudenciais e, por vezes, simplesmente burocráticos faziam com que as partes ligantes, em caso de disputas internas, optassem pela via ordinária, submetendo suas demandas ao juiz togado e preterindo a via arbitral.

Um dos motivos que ensejavam a preferência pela via judicial – a nosso ver, o mais significativo – remete-se à ineficácia das cláusulas arbitrais ou cláusulas compromissórias.

A título exemplificativo, o ordenamento Brasileiro, até a implantação da lei 9.307/96 e o reconhecimento de sua constitucionalidade pelo STF, em 2001³², não conferia eficácia executiva própria às cláusulas arbitrais, ao entender que estas não geravam senão uma obrigação de fazer, cujo descumprimento implicaria tão somente o dever de indenizar por eventuais perdas e danos. Em outros termos, a cláusula compromissória era vista apenas como *pacto de contrahendo*, e não tinha força para levar as partes à arbitragem, caso uma delas optasse por não adimpli-la quando do surgimento do litígio³³.

Embora o Brasil e o Paraguai³⁴ contem, hoje, com a eficácia executiva direta das cláusulas arbitrais, os ordenamentos uruguaio³⁵ e argentino³⁶ encontram-se sob uma

aún no surgió ningún conflicto, las partes no tienen conocimiento de cuál será la controversia, no saben si ocurrirá alguna pendencia, ni siquiera saben si habrá algún desentendimiento entre ellas” (PUCCI, Adriana N. *Arbitraje en Los Países del Mercosur*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. p. 75).

³¹ “El compromiso arbitral es el contrato por el cual las partes en contienda, estipulan someter el litigio que existe entre ellas, determinándolo, al conocimiento y resolución de los árbitros que nombran”. (MIRANDA, Julián Eduardo. *Op.cit.* p. 45)

³² Em 12 de dezembro de 2001, o STF declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade da Lei 9.307/96. Nessa oportunidade, o STF apreciava um Agravo de Instrumento – contra a negativa de homologação de sentença arbitral espanhola, não cancelada pelo país de origem – em que, incidentalmente, se questionava a constitucionalidade do referido diploma legal. Nesta ocasião, além da reafirmação da Lei 9.307/99, o STF decidiu pelo reconhecimento da sentença estrangeira, permitindo-lhe a execução em território nacional. Ademais, de extrema relevância o entendimento exarado acerca da até então presumida inafastabilidade do poder judiciário. Nesse tocante, o STF decidiu a favor do efeito negativo da cláusula compromissória, conferindo-lhe, por fim, eficácia plena.

³³ A Lei 9.307/96 trouxe maior dinâmica aos procedimentos arbitrais brasileiros, na medida em que as cláusulas compromissórias passaram a ser legitimadas a instituir arbitragens de forma direta, sem a necessidade de celebração de compromisso arbitral.

³⁴ Ley 1879/02, Art. 3. Definiciones. A los efectos de la presente ley, se entenderá por: a) Acuerdo de arbitraje: el pacto por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o

realidade distinta. Em ambos estes países, para que uma cláusula compromissória possa ter sua finalidade observada, ela deve ser validada por um compromisso arbitral, para que, somente então, seja iniciado o procedimento arbitral. Nesse caso, mesmo que a cláusula seja considerada eficaz e suficiente para excluir, de pronto, a competência da justiça estatal, é fato que a indispensabilidade de celebração de compromisso arbitral gera maior dificuldade ao sistema, pois adiciona uma etapa complexa e intermediária que deverá ser superada para o início do procedimento³⁷. Afinal, quando as partes não se mostram mais em condições de resolverem pacífica e amigavelmente suas controvérsias, é sinal de que a relação entre elas já alcançou um estágio avançado de desgaste. E é exatamente essa relação desgastada um dos grandes obstáculos a serem contornados para que as partes aceitem celebrar um novo contrato intermediário (compromisso), que regulará as nuances do procedimento arbitral que enfrentarão em seguida. Não é uma tarefa fácil.

Nesse mesmo sentido, vejamos, a seguir, a interpretação sobre o Direito Arbitral argentino dada por Caivano, que por entender a cláusula compromissória como contrato preparatório e não definitivo, inclina-se para a necessidade de estipulação de compromisso arbitral posterior para viabilização do procedimento:

puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, sea o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de acuerdo independiente.

³⁵ CGPU, Art. 478.1 – “si una parte obligada por una cláusula compromisoria se resistiera luego a otorgar el compromiso, se podrá solicitar del tribunal competente que lo otorgue a nombre del omiso, designe el árbitro, fije el procedimiento y señale los puntos que han de ser objeto de decisión”.

³⁶ La cláusula compromisoria es, por principio, inhábil para producir la totalidad de los efectos deseados por las partes. No es autosuficiente, y debe ser complementada luego por otro acuerdo, el compromiso arbitral, que *cierra el círculo* convencional y abre definitivamente el camino al arbitraje. (CAIVANO, Roque J. *La cláusula Arbitral: Evolución Histórica y Comparada*. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario. 2008 p. 66)

³⁷ Habida cuenta de que al momento en que se celebra este acuerdo todavía no existen divergencias concretas y actuales, la cláusula compromisoria está habitualmente referida a conflictos eventuales y futuros. Para el caso en que de esa relación jurídica se suscitaren controversias, las partes prevén su solución por la vía del arbitraje. En ese momento, las partes no conocen con certeza cuáles serán puntualmente los aspectos concretos que deberán resolver los árbitros. Ello no implica, sin embargo, que el sometimiento de las mismas a arbitraje sea inválido: el acuerdo contenido en la cláusula compromisoria hace irrevocable y definitivo el pacto. El problema es que, en las legislaciones que aún mantienen la exigencia del compromiso arbitral, cuando el conflicto efectivamente se produce, es necesario celebrar un nuevo acuerdo de voluntades que complemente la cláusula compromisoria y la haga operativa (CAIVANO, Roque, J. *Arbitraje: Nociones Introductorias*. Disponível em: <<http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>>. Acesso em: 19 set.2012).

“Es cierto, por un lado, que uno de los efectos de la cláusula compromisoria – sustraer la cuestión de la jurisdicción estatal – se produce desde el momento mismo de su celebración, sin necesidad de un nuevo acuerdo. Aun sin haberse celebrado el compromiso arbitral, si una de las partes que ha suscripto una cláusula compromisoria promueve la demanda en sede judicial, la otra puede articular la excepción de incompetencia. (...)”

Sin embargo, nos parece que con ello sólo no se satisface plenamente el objetivo de las partes. El anhelo de éstas es el efectivo sometimiento de las cuestiones a juicio de árbitros, y éste no puede llevarse a cabo sino mediante la celebración de un nuevo acuerdo que complemente aquél y permita poner en marcha el sistema.

La incompetencia de la justicia ordinaria es la consecuencia inmediata de la renuncia que se encuentra ínsita en la cláusula, desde que no es admisible someter una misma cuestión a dos jurisdicciones diversas. Aceptada una de ellas, la otra se verá necesariamente desplazada.

Pero este efecto, con ser importante, es sólo una parte de lo que verdaderamente quieren los contratantes. De ninguna manera puede considerarse que el interés de las partes se vea satisfecho con la sola exclusión de los jueces estatales. El objetivo final es lograr que los árbitros solucionen el diferendo, y mientras ello no sea posible, no podrá considerarse que se ha producido el efecto deseado”³⁸.

Em contraponto, destacamos o entendimento de Taquela e Argerich, que sustentam ser a deficiência procedimental mencionada por Caivano capaz de ser resolvida por meio da adoção de regulamentos de câmaras que não exijam a celebração de compromisso arbitral. Ademais, os autores baseiam-se em diversos julgados para afirmar que a jurisprudência teria outorgado efeito à clausula compromissória, prescindindo-se, portanto, do posterior compromisso³⁹.

Nesse sentido, e a despeito do excerto anterior extraído da obra de Caivano, este autor, parece ter ligeiramente modificado sua opinião, eis que, em obra posterior, alinha-se ao texto de Taquela e Argerich, afirmando que a falta de celebração de compromisso arbitral não deve necessariamente ser um obstáculo insuperável para a constituição de um

³⁸ CAIVANO, Roque J. Op. cit. p.129 e130.

³⁹ TAQUELA, Maria Bralncá Noodt; ARGERICH, Guillermino. El arbitraje internacional en Argentina. In: KLOR, Adriana Dreyzin de.; ARROYO, Diego P. Fernández (dir). *Arbitraje*. Buenos Aires: Zavalía, 2004. p. 318.

tribunal e que tampouco seria a via judicial a única forma de satisfazer a ausência de um compromisso⁴⁰.

Ao tratar da convenção de arbitragem sob a perspectiva do Direito uruguaio, Belandro, a mais de nos elucidar sobre os efeitos da cláusula arbitral em seu país, suscita uma interpretação adequada e correta sobre a legislação brasileira, mas que, por sua incompletude, não transparece plenamente a realidade a prática nacional. Vejamos:

“En la actualidad esta situación de inferioridad, en cuanto a su eficacia, raramente se encuentra consagrada. La cláusula va adquiriendo los mismos efectos jurídicos que los del compromiso arbitral, por cuanto ambos instrumentos generan la posibilidad de su ejecución, que en muchas legislaciones es indirecta, o sea que lo que la cláusula obliga no es ir al arbitraje sino a otorgar un compromiso arbitral. Esta regulación indirecta puede hacer surgir la duda de si al fin d cuentas la cláusula puede llegar a ser revocada en el ínterin, por el demandado, y si produce el efecto preclusivo. La a respuesta dependerá de la redacción legal. Una solución de este tenor es la aportada para el arbitraje interno por el art. 478.I, del Código General del Proceso de Uruguay. Este artículo establece que “si una parte obligada por una cláusula compromisoria se resistiera luego a otorgar el compromiso, se podrá solicitar del tribunal competente (art. 494) que lo otorgue a nombre del omiso, designe el árbitro, fije el procedimiento y señale los puntos que han de ser objeto de decisión.

Y es la solución dada por el art. 7º de la ley brasileña, para el arbitraje internacional, “existiendo cláusula compromisoria o habiendo resistencia en cuanto a la institución del arbitraje, la parte interesada podrá requerir la citación de la otra parte para comparecer en juicio a fin de redactar el compromiso, debiendo el juez designar una audiencia especial para tal fin”⁴¹.

Como dito, em que pese não haver equívoco nas palavras do autor, o fato é que esse entendimento vale apenas para os casos de cláusulas arbitrais vazias⁴², isto é, quando a

⁴⁰ CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, p. 34.

⁴¹ BELANDRO, Ruben B. Santos. *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (interno e internacional)*. Montevideo: Asociacion de Escribanos del Uruguay, 2002. p. 54-55.

⁴² “O art. 7º. Será assim invocado quando o juiz deparar-se com **cláusulas compromissórias vazias**, ou seja, cláusulas que se limitem a afirmar que qualquer litígio decorrente de um determinado negócio jurídico será solucionado através da arbitragem. Nessa hipótese, os poderes do juiz serão bastante amplos, não só para a nomeação de árbitro (o parágrafo 4º do artigo já referido dispõe que o juiz **poderá** nomear árbitro único,

redação da cláusula não dispõe de todas as informações necessárias e suficientes para permitir o início imediato da arbitragem. Assim, se houver imprecisão ou lacuna na cláusula arbitral, bem como recalcitrância de uma das partes para início da arbitragem, o juízo estatal pode ser acionado para resolver essa pendência preliminar, e decidir pela definição de um texto para o compromisso arbitral. Para tanto, faculta-se à parte interessada servir-se do artigo 7º da lei 9.307/96:

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

Todavia, se a cláusula arbitral for cheia e de aplicação inquestionável, a arbitragem pode vir a ser instalada imediatamente, mesmo sem a celebração de compromisso e, ainda, prosseguir sem a presença da parte recalcitrante, nos termos do artigo 5º da LBA⁴³.

Caso a recalcitrante, a seu risco, relute e deixe de comparecer ao procedimento, o árbitro julgará a parte ausente como revel, e decidirá em favor da requerente, conforme disposição do artigo 22, Parágrafo 3º, da LBA⁴⁴:

Já o legislador paraguaio, ao contrário dos demais que se inspiraram na experiência francesa, influenciou-se pela prática espanhola quando trouxe ao seu país a conceituação

ficando, entretanto, a seu critério a nomeação de um colegiado), mas também para a fixação de outros elementos necessários ou úteis ao desenvolvimento do processo arbitral, tais como a indicação precisa das questões a serem resolvidas, prazo de apresentação do laudo e local de realização dos atos da arbitragem. Os inconvenientes de uma cláusula arbitral vazia são notórios, de forma que esta deve sempre que possível ser evitada., procurando as partes reportar-se desde logo às regras de um órgão arbitral institucional ou então prever na própria cláusula a forma desejada de nomeação de árbitro (ou árbitros) – o que evitará o procedimento do art. 7º da lei.” (CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 36-37).

⁴³ Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

⁴⁴ Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

(...)

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral

una do pacto arbitral. Apesar do artigo 10º da LPA referir-se à cláusula arbitral, o fato é que a redação da norma não prevê distinção entre cláusula e compromisso, e trata a avença pela jurisdição extrajudicial de maneira indiscriminada, simplesmente, como acordo de arbitragem. Vejamos:

Artículo 10. Forma del acuerdo de arbitraje. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas o telegramas colacionados, en los que conste dicho acuerdo; o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo y sus términos, sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Dessa forma, no Paraguai, não há que se preocupar com a discussão sobre a natureza contratual ou pré-contratual do pacto de arbitragem, já que tanto cláusula como compromisso são figuras únicas do acordo arbitral. Como consequência, qualquer que seja o pacto, este bastará para excluir a competência do juiz togado e ensejar o início do procedimento.

2. ARBITRABILIDADE

Arbitrabilidade é o termo que define sobre critérios *ratione materiae* e *ratione personae* parâmetros daquilo que se pode levar à arbitragem, isto é, o tipo de matéria que pode ser julgada em sede arbitral, e de quem pode se submeter à arbitragem, ou seja, as pessoas habilitadas a se utilizarem desse mecanismo.

Da conceituação acima, permite-se entender que a arbitrabilidade é vista sob duas perspectivas, as quais, metodologicamente, se costumam chamar (i) arbitrabilidade subjetiva e (ii) arbitrabilidade objetiva. Dessa forma, para verificarmos se *alguém* está legitimado a se socorrer da arbitragem para resolver *algo*, devemos efetuar a intersecção da

qualificação das *partes* com o *objeto* da controvérsia. Daí, sendo as partes legalmente aptas e o litígio passível de ser arbitralmente julgado, entende-se que a questão está dentro do campo da arbitrabilidade, sendo, portanto, arbitrável⁴⁵.

Entre os ordenamentos nacionais analisados, percebemos detalhes que poderiam ensejar distinções quanto aos significados de arbitrabilidade⁴⁶. Contudo, essas diferentes nuances não colocam em cheque o conceito geral da expressão, de modo que, mesmo considerando algumas pequenas peculiaridades de cada legislação, podemos avaliar a arbitrabilidade sob o mesmo enfoque, subjetivo e objetivo.

2.1. ARBITRABILIDADE SUBJETIVA

A rigor, somente as pessoas que preencherem o perfil estabelecido pelo ordenamento ao qual estão sujeitas poderão utilizar-se da arbitragem, restando aos demais apenas a jurisdição estatal.

No Brasil, facultam-se às pessoas capazes de contratar submeter suas disputas à arbitragem em lugar do judiciário⁴⁷. Esta corrente, entretanto, não foi adotada pelas demais legislações analisadas. Com efeito, as normas argentinas, uruguaias e paraguaias atribuem prerrogativa de arbitrar apenas às pessoas capazes de transacionar.

Note-se que, embora a arbitrabilidade subjetiva permaneça no campo da capacidade, o fato é que, no que concerne ao ordenamento brasileiro, a capacidade exigida é a simples

⁴⁵ “Le terme d’‘arbitrabilité’ désigne, selon la définition de M. Bucher, ‘l’aptitude d’une cause à constituer l’objet d’un arbitrage’. D’après M. Level, le terme ‘exprime la qualité qui s’applique à une matière, à une question ou à un litige, d’être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres’. Autrement dit, l’arbitrabilité est la faculté attachée à un litige d’être résolu par la voie de l’arbitrage. La condition d’arbitrabilité affecte la compétence de l’arbitre. Un litige non susceptible d’être soumis à la juridiction d’un arbitre, c’est-à-dire ‘inarbitrable’ doit être déféré à la juridiction étatique compétente” (RACINE, Jean-Baptiste. *L’arbitrage Commercial International et L’Ordre Public*. Paris: L.G.D.J. 1999, pp. 25-26).

⁴⁶ “La arbitrabilidad de una cuestión, es decir la posibilidad de que una controversia pueda ser resuelta a través de arbitraje, depende en gran medida, todavía hoy, de la respuesta que dan las normas internas de los distintos países”. (TAQUELA, María Blanca Noodt. *El Arbitraje en Argentina*”. Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur y Bolsa de Comercio. 2000, p. 3).

⁴⁷ Lei 9.307/96 - Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (grifos nossos).

capacidade civil, afinal, para se contratar, basta que a pessoa seja civilmente apta para tanto. Nos demais ordenamentos, todavia, a capacidade se refere à aptidão para, especificamente, transacionar, isto é, mesmo que a parte seja civilmente capaz, ela ainda deve ser legalmente habilitada para celebrar contrato de transação.

Nesse momento, pedimos vênia aos legisladores estrangeiros para discordar da segunda corrente, uma vez que, em nosso entendimento, os institutos da transação e da arbitragem são absolutamente distintos, e, portanto, não deveriam ser tratados sobre um mesmo plano⁴⁸. Como esclarece Caivano:

“Si bien el arbitraje y la transacción coinciden en el presupuesto (un conflicto de intereses actual o potencial) y la finalidad (resolverlo sin llegar a una instancia judicial), es diferente el medio a través del cual se logra el objetivo.”⁴⁹

Afinal, parece-nos fundamental ter em mente que a transação tem natureza contratual que implica renúncia a direitos, ao passo que a arbitragem tem natureza processual. Ademais, na arbitragem, as partes não abdicam de seus direitos materiais, e, justamente, por buscar preservá-los é que colocam suas pretensões à avaliação de um terceiro imparcial, para que este diga a cada qual o seu direito. Vejamos o que diz Llambias:

“En la transacción las partes se imponen su propia voluntad; en el arbitraje la voluntad de terceros.

En la transacción las partes saben en el momento que la estipulan todos los sacrificios que ella encierra y las seguras ventajas que les reporta. Conocedoras de las condiciones de arreglo, que habrán meditado concienzudamente, pueden calcular sus ulterioridades y decidir como jueces de sus propias conveniencias; el resultado de todo juicio arbitral es incierto é imposible de prever.

⁴⁸ “El compromiso tiene una muy lejana vinculación con la transacción. Apenas si se semeja la ocasión que da lugar a uno y otro instituto, que es la posibilidad de controversia sobre una determinada pretensión jurídica. Frente a ello el compromiso somete la diferencia a la decisión de terceros que son elegidos, como árbitros, para realizar ese cometido en sustitución de los magistrados oficiales; mientras en la transacción la solución del diferendo proviene de los propios interesados, que se erigen en sus propios jueces. (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín; BENEGAS, Patricio J. Raffo. *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. v.3, p. 74).

⁴⁹ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 399.

Al estipular el compromiso que le ha de dar vida, las partes no pueden calcular nada absolutamente. Porque ignoran lo que la desconocida voluntad de los árbitros decidirá con elástica equidad sobre sus pretensiones. Porque ignoran los sacrificios que les impondrá; porque ignoran, finalmente, que ventajas les reportará, y aún más: si se resolverá en puro perjuicio para alguna de ellas. Saben sólo una cosa: que tienen que cumplir la decisión que den los árbitros, que ella les obliga por igual aunque, equitativa o inicua, sea contraria a sus intereses, aunque importe para una de las partes el sacrificio íntegro de todos sus derechos”⁵⁰.

Nesse sentido, destacamos as palavras de Pontes de Miranda, quando compara o compromisso arbitral à transação:

“Quem transige não se compromete; não se submete à decisão de alguém. Quem se compromete não transige, porque exige o julgamento sem nada conceder. Por isso mesmo poderes para transigir não envolvem poderes para assinar compromisso; nem poderes para assinar compromisso implicam os de transigir.”⁵¹

Apesar de Pontes de Mirandase referir à legislação brasileira ao discorrer sobre a capacidade de transigir e de se comprometer, o fato é que suas palavras parecem caber como crítica às legislações argentinas, paraguaias e uruguaias. Vejamos o que dizem as leis dessas respectivas nações:

- Argentina - (CPCNA) “Art. 738. Las personas que no pueden transigir no podrán comprometer en árbitros.”
- Paraguai – (Ley 1879/02) “Art. 2º. Toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público.”

⁵⁰ MIRANDA, Julián Eduardo. *El Juicio Arbitral: Comentarios al Título VII, Parte Primera del Código de Procedimiento Civil*. Montevideo: Talleres Gráficos del Estado, 1916, p. 43.

⁵¹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. XV. 1958. p. 159.

- Uruguai – (CGP) “Art. 476. No pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción.”

Perceba-se que, ao contrário da legislação argentina, as leis paraguaia e uruguaia não se referem expressamente à qualificação das pessoas habilitadas a utilizarem a arbitragem. No entanto, ao restringirem o objeto das arbitragens a questões transacionáveis, elas, indiretamente, ao menos em princípio, inferem que apenas as pessoas capazes de transigir poderão submeter suas disputas à jurisdição extrajudicial⁵².

Evidentemente, a utilização da capacidade de transigir como parâmetro para a capacidade de arbitrar, embora a nosso ver inapropriada, não surgiu a esmo. O legislador, imbuído de seu dever de guarda do interesse de seus representados, buscou protegê-los contra contratações abusivas ou ilícitas. Em todas as legislações analisadas, por exemplo, veda-se ao menor de idade renunciar a seus direitos, logo, não lhe autorizando transigir, nem se submeter à arbitragem.

Considerando-se o acima exposto, nos perguntamos se a mesma lógica atribuída ao menor de idade poderia ser aplicada à Administração Pública. Sob a perspectiva argentina, uruguaia e paraguaia, se fosse proibido ao Estado transigir, isto é, renunciar a direitos, também seria proibido, em tese, ao Estado figurar em um dos pólos arbitrais.

Note-se que a ponderação feita no parágrafo anterior não serviria para o caso brasileiro, uma vez que, no Brasil, não se estabelece como pressuposto de arbitrabilidade subjetiva a capacidade de transigir, mas apenas a capacidade de contratar, a qual é, sem dúvida, outorgada aos entes estatais.

Em que pese nossa interpretação quanto à vedação legal do uso da arbitragem por entes da Administração Pública argentina, paraguaia e uruguaia, sob a perspectiva da relação transigibilidade-arbitrabilidade, o fato é que a jurisprudência desses países parece

⁵² “Los transigentes deben tener *legitimación para disponer* ‘de los objetos que se abandonan por la transacción (art. 2148), porque la transacción contiene una renuncia.” (GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. 4. ed. Montevideo: FCU, t. I. v.1. 2008. p.92)

afeita a contornar esse “aparente” entrave normativo para permitir à Administração Pública lançar mão desse mecanismo extrajudicial. Mais ainda, do ponto de vista legal, apesar do emaranhado interpretativo sugerido acima, é de se destacar a iniciativa do legislador paraguaio que extirpou qualquer dúvida sobre a possibilidade do Estado e suas ramificações organizacionais se submeterem a procedimentos arbitrais, ao menos sob a perspectiva da arbitrabilidade subjetiva. Afinal, a lei de arbitragem daquele país traz expressamente essa autorização, como vemos a seguir:

“Art. 2º. (...) El Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado.”

Em antecipação aos esclarecimentos mais detalhados que se verificarão nos próximos capítulos, tanto a jurisprudência quanto a doutrina argentina e uruguaia lastreiam a possibilidade do Estado utilizar a arbitragem na ausência de legislação específica que o alheie dessa prática.

Essa concepção é especialmente significativa quando comparada ao direito brasileiro, uma vez que, no Brasil, muito se questionou, e ainda se questiona, se o Estado teria direito a se submeter à arbitragem, ante a falta de legislação específica que claramente o autorize a tanto. Essa linha de reflexão se fundava na asserção clássica de que o Estado só pode fazer aquilo que lhe é autorizado por lei.

2.2. ARBITRABILIDADE OBJETIVA

A legislação arbitral brasileira, no tocante à arbitrabilidade objetiva, diverge das leis da Argentina, Paraguai e Uruguai. Enquanto a primeira determina que o objeto das disputas passíveis de serem julgadas por árbitros são aquelas relativas a direitos patrimoniais disponíveis, as demais legislações, novamente, aludem ao critério da transigibilidade, isto é, para que uma questão seja arbitrável ela deve ser antes transacionável.

À primeira vista, a divergência entre as legislações não aparenta ser de grande relevância prática, já que os direitos transacionáveis são justamente os direitos disponíveis. Em outros termos, direitos indisponíveis não são renunciáveis, logo, não são passíveis de transação nem de submissão à arbitragem.

A questão está em saber se todos os direitos patrimoniais disponíveis seriam transacionáveis. Se forem transacionáveis, haveria algum limite para transação?

Isso porque, ao tratarmos de questões relativas ao Estado, pode-se imaginar que este se preocupe em não permitir a evasão desenfreada de seus bens, ainda que fossem patrimonialmente disponíveis. Admite-se ao Estado, assim, ainda que de maneira criteriosa e parcimoniosa, a alienação de bens públicos por meios diversos, como a venda e permuta. No entanto, até que ponto seria legítimo ao Estado alienar seus direitos por meio de renúncia?

Reiteramos que se há dúvida quanto à livre disposição e renúncia a bens patrimoniais disponíveis pertencentes ao Estado, seja por meio de transação ou qualquer outro, não deveria haver dúvida quanto à arbitrabilidade de questões envolvendo esses mesmos bens. Como esclarece Lemes:

“Quando a Administração Pública se submete à arbitragem não está transigindo com o interesse público. Está deslocando a questão litigiosa do judiciário para os árbitros. Constitui equívoco confundir os institutos, pois o que se pretendia demonstrar com a vinculação entre eles seria apenas quanto às matérias compromissáveis”⁵³.

Ademais, ao menos no Brasil, a transação feita por órgão público ainda não se encontra sedimentada na lei, e os doutrinadores defensores dessa prática ainda se baseiam em arcabouços principiológicos (*e.g.* economicidade, eficiência e celeridade), isto é, sem amparo em regulamentações positivadas, na tentativa de fazer valer suas opiniões. Dessa forma, a lei 9.307/96, ao estabelecer como critério de arbitrabilidade objetiva as disputas

⁵³ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 73.

relativas a direitos patrimoniais disponíveis, abriu margem para que as questões estatais possam ser avaliadas caso a caso, ponderando-se se as matérias são ou não disponíveis, isto é, se elas são ou não arbitráveis, sem haver qualquer preocupação de sopesamento acerca da transigibilidade dos direitos.

Em todo caso, no tocante à arbitrabilidade objetiva, parece-nos conveniente considerar as palavras de Pucci, que, ao examinar as ordens arbitrais dos mesmos países aqui analisados, assim constatou:

“Todas las cuestiones de contenido patrimonial entre las partes pueden ser sometidas a arbitraje, exceptuadas aquellas materias donde éstas no tengan facultad de disposición porque el resguardo al orden público lo impide, y las que no pueden ser objeto de transacción.

Las cuatro legislaciones coinciden en la especificación de lo que consideran materias no disponibles por los particulares. En los cuatro países se puede observar que las cuestiones relativas al estado de las personas, las concernientes a los derechos de familia – tales como la validez del matrimonio, los derechos sucesorios – las que tienen por objeto cosas prohibidas o que están fuera del comercio, as obligaciones naturales, las referentes a las acciones para reclamar daños y perjuicios por la comisión de delitos, quedan fuera del ámbito de disposición”⁵⁴.

Note-se, todavia, que ao se referir genericamente à transação, a autora acima citada o faz também considerando a realidade do ordenamento brasileiro, cuja antiga legislação arbitral, que acabara de ser revogada, aludia também à possibilidade de se submeter à arbitragem somente as controvérsias igualmente suscetíveis de serem transacionadas. Naquele momento, a despeito de nossa atual opinião, a autora entendia que para fins metodológicos, não faria diferença analisar a matéria da arbitrabilidade à luz do critério de transigibilidade.

⁵⁴ PUCCI, Adriana N. *Arbitraje en Los Países del Mercosur*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. p. 43.

3. ARBITRAGEM EM QUESTÕES ENVOLVENDO O ESTADO

"La cuestión de si el Estado puede ser parte en un proceso arbitral se plantea en el ámbito de la contratación administrativa entre el Estado y los particulares"⁵⁵. Essa bem colocada frase de Garcia e Arechaga ilustra objetivamente o escopo desse trabalho.

A propósito, é a partir da avaliação dos tipos de contratos administrativos e de seus efeitos que se permite ponderar sobre a arbitrabilidade de questões envolvendo a Administração Pública.

Equivale dizer que matérias arbitráveis estão somente presentes no âmbito de contratação do Estado, descartando-se, *prima facie*, a arbitragem para apreciação de questões decorrentes de atos de império ou próprios do poder de polícia. Assim é, por exemplo, que o poder de desapropriar e o ato de desapropriação, por serem matérias de império, não podem ser arbitrados. O valor da indenização pela desapropriação, por outro lado, este sim poderia ser definido em processo arbitral. Da mesma forma, quando sociedades de economia mista celebram contratos próprios de atividade comercial, competindo diretamente com particulares, seus atos passam a ser equiparados àqueles desempenhados por privados. Nesse caso, por que não lhes permitir o emprego de pacto arbitral?

Nesse sentido, Magalhães:

“Os contratos administrativos, quando fundados no direito público, fazem com que o Estado imponha ao contratante privado a exclusividade da jurisdição pública do próprio Estado. A matéria não é assim arbitrável, visto que não é passível igualmente de transação. Já quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública e política da comunidade nacional e pratica ato de natureza privada, situado na ordem privada e franqueado aos particulares, outra é a

⁵⁵ GARCÍA, Ricardo Oliveira Garcia e ARÉCHAGA, Mercedes Jiménez de. *El Arbitraje En Uruguay*. Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur y Bolsa de Comercio, 2000, p. 31.

conclusão. Neste caso, o Estado equipara-se ao particular, pois a relação ajustada rege-se não pelo direito público, mas pelo privado”⁵⁶.

Adicionalmente, parece ser o caso de sublinhar o que se deve entender por disponibilidade, ao tratarmos das expressões *interesse público* e *direitos patrimoniais disponíveis*. Qual é objeto físico passível de transação? Qual o objeto referido como direito patrimonial disponível?

Parece-nos que os objetos são os direitos em sentido estrito, isto é, os bens materiais ou imateriais, realizados ou realizáveis (a receber), fungíveis ou infungíveis etc. Esses bens, coisas dotadas de valor econômico, em geral, poderiam ser considerados disponíveis se (i), do ponto de vista subjetivo, fossem detidos por pessoas capazes ou competentes para dispor, e se (ii), do ponto de vista objetivo, o interesse público não dependesse de sua existência ou manutenção.

Note-se que a preservação do interesse público não é reservada à Administração Pública. Os privados também têm deveres que implicam assegurar o interesse público. Assim é, por exemplo, que os particulares não podem dispor contratualmente de suas próprias vidas, nem oferecer partes de seu corpo em garantia por um negócio. Mesmo que o sujeito seja civilmente capaz, o objeto da contratação não poderá versar sobre sua vida, já que a inviolabilidade da integridade física e dignidade humana são pressupostos do interesse público.

Nesse compasso:

- (a) os particulares podem *livremente* dispor de seus bens a fim de satisfazer *suas próprias vontades*, preservando-se o interesse público.
- (b) os entes públicos podem/devem *restritivamente* dispor de seus bens a fim de satisfazer *necessidades administrativas*, em benefício do *interesse público*.

⁵⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. Do Estado na Arbitragem Privada. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 71, p.165-166, 1984.

Dessa forma, mesmo que o interesse público seja considerado indisponível, e ele de fato é, a questão jaz em verificar qual a melhor forma de fazê-lo valer. Se, para respeitar o interesse público for necessário impedir a disposição de determinados bens públicos, então não haveria que se falar em transação, nem em arbitragem. Entretanto, se para assegurar a consecução do interesse público for conveniente permitir que se disponha de certos bens públicos, por que não admitir a transação ou, no mínimo, a arbitragem, já que esta não implica, absolutamente, renúncia a quaisquer direitos?

Note-se que no item (b), acima, utilizamos a expressão poder/dever, uma vez que ao Estado não é concedida uma faculdade, mas sim a obrigação de preservar e fazer prevalecer o interesse público. Destarte, não só as ações dos agentes eivadas de vício, mas suas omissões em prejuízo do interesse público devem ser vistas como conduta falha e passível de sanção.

Assim é que se o interesse público prevalecente for o de conferir celeridade e eficiência ao processo, não se descartaria a hipótese de se rechaçar a conduta prejudicial do agente público que combate a arbitragem, especialmente, quando ela é legalmente permitida e inserida em edital ou contrato administrativo concluído. Parece-nos que, havendo cláusula compromissória em acordo celebrado, lastreada por legislação autorizadora, qualquer ato do administrador que deponha contra o uso do procedimento incidiria em violação do *pacta sunt servanda* e do princípio da boa-fé. Mais ainda, seria equivalente a legitimar o *venire contra factum proprium*, já que, para estimular o investidor privado e fomentar-lhe o interesse pela contratação, o Administrador, antes, permite o emprego da cláusula compromissória para, em seguida, depois de concluída a contratação, vedar-lhe a utilização da arbitragem. Com efeito, parece-nos acertado inferir que tal conduta atentaria contra o dever de probidade do agente público.

Nessa linha de interpretação, destacamos as palavras de Pereira e Talamini:

“Se a Administração resolve aderir à arbitragem, deve fazê-lo com responsabilidade e boa-fé, abstendo-se de futuramente arguir sua condicao de ente estatal como suposto fundamento para invalidação

da arbitragem. Esta conduta desmoraliza o instituto da arbitragem e contraria a boa-fé e lealdade que estão consagradas no princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição Federal). Não seria excessivo afirmar que a arguição de invalidade da arbitragem neste caso configuraria uma das hipóteses de improbidade descritas no art. 11 da lei nº 8.429/92 (*ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade das instituições*) (...)

Mais do que nunca, deve-se atentar para a vedação do *venire contra factum proprium*. Se o Estado adota a arbitragem – firmando cláusula compromissória ou compromisso arbitral, atos necessariamente voluntários – esta opção deve ser respeitada como definitiva e irretratável⁵⁷.

Até pouco tempo, quando a arbitragem ainda era vista com certa desconfiança pelo judiciário, o emprego dessa forma de solução de disputas ainda era tratada mais sob a égide de interesses políticos que propriamente técnico-jurídicos. Vejamos o que diz Romero:

“El tema de la participación de entidades públicas o estatales latinoamericanas en arbitrajes comerciales internacionales sigue siendo (al menos en América Latina) eminentemente político. Lo anterior significaría que responsables políticos jueces latinoamericanos, en lugar de abordar los arbitrajes resultantes de contratos de Estado (contratos celebrados entre una entidad pública o estatal y una sociedad privada extranjera) desde una perspectiva jurídica, lo harían teniendo en cuenta, antes que nada, variables de orden político y, de vez en cuando, demagógico”⁵⁸.

Contudo, o texto do autor data de 2004, e, de lá para cá, muito se debateu e se renovou na jurisprudência dos países aqui analisados, o que nos faz ter uma opinião mais otimista quanto ao conhecimento e uso da arbitragem pela Administração Pública. Aliás, nossa opinião se mantém a despeito das ainda recorrentes desinteligências do Tribunal de Contas da União do Brasil, que, na contramão das decisões judiciais e da legislação nacional, por vezes consideram ilegítimo o uso da arbitragem em contratos administrativos.

⁵⁷ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: Cesar Augusto Guimarães Pereira e Eduardo Talamini. (Org.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10 e 11.

⁵⁸ ROMERO, Eduardo Silva. América Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales. La experiencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. In: KLOR, Adriana Dreyzin de.; ARROYO, Diego P. Fernández (dir). *Arbitraje*. Buenos Aires: Zavalia, 2004. p. 318..

II – BRASIL

1. ARBITRAGEM

Assim como o ordenamento paraguaio e diferentemente do que se verifica nas normas uruguaia e argentina, a legislação brasileira não faz distinção entre modalidades arbitrais, como arbitragem forçada e arbitragem voluntária. Muito porque a natureza da ordem arbitral brasileira se funda sobre a liberdade de escolha, sendo-lhe estranho qualquer aspecto compulsório que obrigue as partes contratantes a seguir pela via jurisdicional extrajudicial, sem seus livres e prévios consentimentos.

Essa, contudo, nem sempre foi a realidade da arbitragem brasileira. De fato, durante o período imperial, o sistema arbitral chegou a ser tido como obrigatório para a solução de alguns tipos específicos de contendas. Assim estabelecia o Código Comercial de 1850:

Art. 245 - Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral.

Art. 294 - Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.

Desde 1866, no entanto, prevalece a essência de voluntariedade da arbitragem no Brasil. Equivale dizer que a arbitragem brasileira tem fulcro na autonomia da vontade das partes, sendo vedado a terceiros e mesmo ao legislador exigir que indivíduos se submetam à jurisdição privada, sem que haja prévia convenção arbitral pactuada ao puro alvedrio das partes.

Com efeito, o próprio aresto do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a constitucionalidade da lei vigente 9.307/96, nos trouxe maiores esclarecimentos quanto à questão posta acima, ao analisar o aparente choque entre o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal e a possibilidade de afastamento da jurisdição estatal prevista no artigo 7º de arbitragem. Assim estabelece a Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito.

Na oportunidade, preponderou a interpretação de que o referido dispositivo constitucional não se dirige às partes contratantes de cláusula arbitral, mas ao legislador, sendo a este vedado elaborar leis que impeçam o acesso ao Poder Judiciário. Nesse sentido, destacamos trecho do voto vencedor proferido pelo Ministro Nelson Jobim:

“a Constituição proíbe que a Lei exclua da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de conflitos, atuais ou futuros”⁵⁹.

Desse mesmo excerto extraído do voto vencedor, depreende-se uma segunda informação de extremo relevo para o êxito da regulação arbitral no Brasil. A decisão declara que a Constituição Federal não impede as partes de optar pela arbitragem para solucionar suas disputas, em lugar do judiciário. Ao contrário, ela franqueia aos indivíduos o direito de eleger a jurisdição extrajudicial para solução de conflitos atuais (compromisso arbitral) ou futuros (cláusula compromissória).

Desse modo, o Brasil, mesmo sem utilizar a mesma linguagem da lei uruguaia, tem a figura da *arbitragem voluntária forçada* legitimada em seu ordenamento, qual seja, aquela da qual as partes não podem escapar, caso tenham celebrado cláusula compromissória para solução de litígios futuros oriundos de uma relação contratual.

Evidentemente que, em caso de distrato da cláusula compromissória, isto é, em caso de mútuo consentimento das partes pela exclusão dos efeitos do pacto arbitral previamente

⁵⁹ Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento nº 5.206, 12 de dezembro de 2001.

contratado, as partes acabariam livres para transacionar ou rumar pela via judicial. No entanto, em caso de recalcitrância, a parte interessada poderia tanto dar início ao procedimento, seguindo-se à revelia da requerida, ou ingressar com ação judicial para forçar a recalcitrante à celebração de compromisso arbitral. Note-se, neste último caso, que a ação judicial somente se faria necessária se a cláusula arbitral avençada fosse vazia.

2. ARBITRABILIDADE

2.1. ARBITRABILIDADE SUBJETIVA EM DISPUTAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A arbitrabilidade subjetiva, no direito brasileiro, se verifica no artigo primeiro da lei 9.307/96, quando este assim enuncia: “as pessoas capazes poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios”. Dessa forma, à primeira vista, não importaria se a pessoa fosse física ou jurídica, tampouco pública ou privada, para que se tornasse apta a lançar mão de procedimento arbitral. Bastaria, nos dizeres da lei, que a pessoa fosse capaz⁶⁰.

Ocorre que para o Direito Administrativo brasileiro, não basta que a pessoa seja civilmente capaz para executar determinado ato, mas é necessário que ela seja também competente para exercê-lo. Dessa forma, se percebe que, ao se examinar questões de arbitrabilidade subjetiva envolvendo contratos administrativos, deve-se ir além da lei de arbitragem para avaliar se aquele que celebrou compromisso arbitral era capaz e competente para fazê-lo.

Evidentemente, o sujeito que assina o documento chancelando o compromisso arbitral deve ser civilmente capaz, isto é, habilitado pela norma civil a executar negócios jurídicos de maneira irrestrita. No entanto, ao representar um ente administrativo, o signatário deve também gozar de competência, que, nos termos do artigo 2º da lei 4.717/65 (lei da ação popular), compõe o rol dos cinco elementos do ato jurídico, a saber:

⁶⁰ “Pessoa é o titular do direito, o sujeito de direito. Personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções. Capacidade de direito e personalidade são o mesmo. Diferente é a capacidade de ação, de ato, que se refere a negócios jurídicos (capacidade negocial) ou a negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*.” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado, Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: RT, t I, 1974, p. 155).

competência, objeto, forma, motivo e finalidade. Equivale dizer que, qualquer ato administrativo desempenhado com vício de quaisquer desses elementos, inclusive de competência, é nulo.

Adicionalmente, deve-se ter em conta que a competência decorre de lei, isto é, para ser competente, o administrador deve ser investido na função pública para a qual se encarregou e exercer seu poder sob a moldura estrita à que a lei lhe determina. Mais ainda, é certo que, apesar de inderrogável, a competência pode ser delegada ou avocada por outros agentes, contanto que a lei outorgante de poderes não preveja exclusividade para tal exercício.

Os esclarecimentos acima são fundamentais, pois, é a partir da reflexão sobre a capacidade/competência do administrador que se pode revelar se determinada controvérsia pode ser levada à arbitragem, ao menos do ponto de vista da arbitrabilidade subjetiva.

Assim, juntando-se a redação do artigo 1º da lei 9.307/96 à aferição de competência do administrador, deveria ser possível afirmar se o agente que celebrou a convenção arbitral o fez legalmente. Afinal, se a competência para o agente contratar decorre de lei, e se há lei que lhe outorga poder para contratar, temos, desde já, que o agente tem plenos poderes para optar pela arbitragem em detrimento do juízo comum.

Na contramão de nossa afirmação feita acima, ressoam algumas decisões, a nosso ver, temerárias e equivocadas, do Tribunal de Contas da União. Vejamos o que decidiram os auditores, em acórdão proferido no ano de 2006:

A Administração é regida pelo Princípio da Legalidade e a arbitragem é cláusula de exceção a regra de submissão dos conflitos ao Poder Judiciário, somente podendo ser aplicada com expressa autorização legal⁶¹.

⁶¹ Tribunal de Contas da União, processo 005.250/2002-2, Acórdão 537/2006, Segunda Câmara.

A indagação que se coloca sobre esse entendimento do TCU é a seguinte: em que medida a celebração de convenção arbitral infringe o princípio da legalidade, quando a lei 9.307/96 já contém previsão que autoriza pessoas capazes/competentes a optar pela jurisdição extrajudicial? Ainda que a ausência da palavra “competente” no artigo primeiro da lei de arbitragem pudesse ser um impeditivo – que não é, porquanto o Estado e seus entes são capazes de contratar – a suposta falta de previsão legal deveria ser imediata e absolutamente solapada do argumento que tenta negar à Administração Pública o direito de se comprometer, já que normas como a Lei 8.987/95 (Lei de Concessões) e a Lei 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas), entre muitas outras facultam ao administrador, *ipses literis*, o direito de se compromissar.

Efetivamente, o princípio da legalidade é de extrema relevância para a segurança jurídica e preservação da democracia, uma vez que é um dos mais alentadores instrumentos que obrigam o Administrador a pautar suas condutas, estritamente, àquilo que se encontra normatizado. Flexibilizar a regra da legalidade fragilizaria os alicerces da democracia, abrindo um perigoso precedente para atos arbitrários do Estado.

Mesmo assim, ainda que a Administração Pública só possa fazer aquilo que a lei lhe permitir, não nos parece que a interpretação engessada à extrema literalidade das normas seja conveniente ao interesse público, quando esta se faz em detrimento da celeridade, economicidade e eficiência. Assim é que autores renomados do renovado Direito Administrativo, como Gustavo Binenbojm⁶², tendem a enxergar a legalidade com maior parcimônia, visando a interpretações condizentes com a realidade e efetivação do interesse público.

Nesse sentido, recomenda-se lembrar de que os atos administrativos podem ser vinculados ou discricionários. Os primeiros são aqueles exercidos em estrito cumprimento do comando legal, conforme previsto na norma posta, enquanto os segundos, de acordo com Meirelles, são aqueles livremente praticados pelo administrador público, lastreado na

⁶² BINENBOJM, Gustavo, “Da supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo” (<http://www.mundojuridico.adv.br>) (Acesso em 15.11.2006).

concessão implícita ou explícita que lhe outorga o Direito⁶³. O Autor entende ainda que a discricionariedade teria início onde cessa a legalidade, o que conferiria uma margem extremamente ampla para atuação desvinculada do administrador.

A despeito do entendimento de Meirelles, não somos da opinião de que haveria uma fronteira que divisa a legalidade da discricionariedade⁶⁴. Ao contrário, enxergamos o poder discricionário como sendo um plasma circunscrito às arestas da legalidade. Neste plasma, ao administrador é conferida a possibilidade de se amparar em critérios axiológicos e teleológicos para, no campo da oportunidade e conveniência, atuar desvinculadamente. É o que garante ao administrador a chance de não se omitir, por exemplo, em face de potencial inexistência de norma, ou de optar pela norma que considera de aplicabilidade mais adequada para uma determinada situação fática.

A relação entre a Administração e a lei é de subordinação. Negativa, quando proíbe a Administração de agir de determinada maneira, e positiva, quando impõe à Administração a tomada de determinada conduta.

Quando o ato não é vinculado, mas dependente de ato discricionário, “compete ao agente o encargo de identificar, perante o caso concreto, qual a medida mais adequada para atender a finalidade legal. Nessa hipótese, a autoridade administrativa fica investida de certa margem de liberdade para decidir, pois terá de sopesar as circunstâncias presentes, avaliar o caso concreto e resolver sobre a providência apta para atender com perfeição o objetivo legal, a fim de que ela seja a mais conveniente e oportuna, tendo em conta a finalidade da norma de competência”⁶⁵.

⁶³ “Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo” MEIRELLES, Hely Lopes. *Os poderes do Administrador Público*, in *Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica*, Rio de Janeiro, FGV, Reovar, 1991, p.328.

⁶⁴ No entendimento de Marques, a discricionariedade não se revela apenas na lacuna da lei, mas também quando da confrontação de princípios, em que se deve optar por uma ou outra solução, fazendo prevalecer um princípio em detrimento de outro. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração*. In: Carlos Alberto de Salles. (Org.). *Processo Civil e Interesse Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 195

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Legalidade – Discricionariedade seus Limites e Controle*. RDP n. 86, p. 44.

De fato, o ato administrativo deve ser orientado e delimitado pela lei, mas isso não quer dizer que ao administrador seja vedado o direito de apreciar fatos e oferecer soluções independentemente de predeterminação legal. Como esclarece Tácito:

“A atividade administrativa, modernamente mais intensa e variada, se multiplica em aspectos particulares que não podem ser abrangidos na minúcia dos textos de lei. O fenômeno social não se escraviza a coletes de força, nem a cintos de segurança”⁶⁶.

Parece acertada a reflexão de Tácito, acima transcrita, uma vez que a discricionariedade tem se apresentado como ferramenta importante para solucionar problemas não resolúveis pela legalidade estrita. Ademais, dentro do quadro normativo, é que o próprio legislador oferece tal possibilidade ao administrador. Vejamos:

- (i) Poderes explícitos – o legislador transfere poderes ao administrador, para que este, com certa margem de discricionariedade, possa aplicar o comando legislativo. Neste primeiro caso, o legislador oferece opções ao administrador, para que este escolha qual medida adotar entre as destacadas na regra.
- (ii) Poderes implícitos – omissão do legislador. O legislador prevê a competência, prevê finalidades, mas não estabelece como a autoridade competente deverá agir para concretizar o fim perquirido. Silencia-se o legislador no que tange aos meios e providências a serem adotadas, restando ao administrador tomar a medida que julgar adequada.
- (iii) Discricionariedade Técnica – neste caso a discricionariedade ocorre pela impotência do legislador em dispor sobre questões específicas de natureza técnica, cujo conteúdo prático foge de seu controle.

⁶⁶ TÁCITO, Caio. Poder Vinculado e Poder Discricionário e Vinculação e Discricionariedade Administrativa. In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 1, 1997, p. 315.

Como anuncia Queiró, “o agente só pode agir no exercício de seu poder discricionário tendo em vista o interesse público”⁶⁷, e por assim ser é que entendemos que diante de conflitos principiológicos, o Administrador deve se empenhar para encontrar o meio mais salutar ou menos gravoso ao adotar uma medida. Sendo, portanto, a omissão do agente mais danosa que favorecedora do interesse público, o administrador não só pode como deve lançar mão de seu poder discricionário para dar bom fim à questão posta. Afinal, a Administração tem o dever de se posicionar e agir frente aos problemas que lhe são submetidos.

O empenho a que nos referimos, como explica SILVA⁶⁸, pode ser trabalhado por meio do emprego do mecanismo de aferição da proporcionalidade. Para tanto, o administrador deve verificar se a medida a ser adotada passa pelos crivos da *adequação*⁶⁹, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

Quando o administrador se vê diante de um conflito de princípios e sob o dever de exercer seu poder discricionário, ele deve verificar se o ato que ele pretende praticar serve ao propósito da adequação, isto é, se o ato bastaria para fomentar a solução que ele pretende dar ao caso. Se a resposta for positiva, o administrador deve se questionar se a medida a ser adotada é necessária, isto é, se há saídas alternativas àquelas vislumbradas naquele momento. Se, mais uma vez, a resposta for positiva, então deve o administrador sopesar os princípios colidentes, a fim de se verificar qual, entre as medidas propostas, é a menos onerosa em vista dos princípios conflitantes. Verificando-se isso, deve o agente praticar o ato menos gravoso para fins de atendimento do interesse público.

No que tange o emprego da arbitragem pela Administração Pública, o fato é que, de forma implícita, a LBA já conferia ao Administrador o poder/dever de celebrar convenção arbitral quando oportuno e conveniente ao interesse público. Mais firmemente ainda, devem-se considerar as leis que literalmente autorizam a inclusão de cláusulas arbitrais em

⁶⁷ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV, v. VI, p. 56, out.1946.

⁶⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da Silva. *O Proporcional e o Razoável*, in *Revista dos Tribunais*. v. 798, abril 2002, p.25.

⁶⁹ No Brasil, adequação se remete a aptidão para alcançar o resultado pretendido. (Idem. p. 36)

contratos administrativos, pois, desta vez, de forma absolutamente indubitável, o legislador confere ao Administrador o poder/dever de optar pela via jurisdicional que julgar mais razoável para a questão⁷⁰.

Assim, a despeito do entendimento do TCU, estamos convictos de que a arbitragem não é uma cláusula de exceção à regra de submissão dos conflitos ao Poder Judiciário. Ao contrário, a lei de Parcerias Público Privadas, por exemplo, como se vê adiante, é franca em conferir ao agente a faculdade de optar por um ou outro meio de solução de disputas:

Lei 11.079/2004 - “Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:(...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil 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. (Grifos nossos).

Vê-se que o uso da arbitragem em contratos administrativos, como os de Parceria Público-Privada, é (i) *adequado*, pois se trata de método idôneo de solução de disputas; em certa medida é (ii) *necessário*, uma vez que costuma ser uma exigência dos investidores para a consecução de obras essenciais ao Estado e (iii) é *proporcional*, já que, sopesando-se os tipos jurisdicionais, a depender do caso concreto, pode-se constatar que a simples aceitação da arbitragem potencializa o crescimento dos investimentos privados em áreas sensíveis ao interesse público, sem que haja abdicação efetiva de direitos por parte da Administração.

⁷⁰ Salles apresenta opinião ainda mais rigorosa quanto ao dever de optar pela cláusula compromissória em lugar do foro comum, ao dizer que “diversamente do que se costuma colocar, nas hipóteses de autorização legislativa para a arbitragem, a objeção à utilização da mesma – esta sim – deverá estar fundada em razão jurídica apta a afastar a vigência da norma permissiva” (SALLES, Carlos Alberto de. *A Arbitragem na Solução de Controvérsias Contratuais da Administração Pública*, Tese de Livre Docência, 2010, p. 306).

2.2. ARBITRABILIDADE OBJETIVA EM DISPUTAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os critérios *ratione materiae* referentes à avaliação da arbitrabilidade objetiva, assim como a subjetiva, também se encontram no artigo 1º da lei 9.307/96, especificamente, sobre o trecho que estipula como arbitráveis “os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Dessa forma, estabelece-se que as disputas que tenham como objeto direitos patrimoniais disponíveis são passíveis de serem julgadas por arbitragem, enquanto aquelas cujo objeto compõe-se de direitos indisponíveis, ficam fora do escopo arbitral.

Percebe-se daí que, para se entender quais são as disputas objetivamente arbitráveis, deve-se ter bem aclarado o conceito da expressão direitos patrimoniais disponíveis. Vejamos, a seguir, a definição da fórmula proposta para aferição da arbitrabilidade objetiva, como pensada por Carmona:

“Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família – e em especial ao estado das pessoas (filiação, pátrio poder, casamento, alimentos) – aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes”⁷¹.

⁷¹ CARMONA, Carlos Alberto, Op. cit. p. 56.

Repare-se que Carmona usa como exemplo de matérias indisponíveis questões relativas à sucessão, família e direito penal, mas não menciona, acertadamente, assuntos relacionados ao Estado. E assim o faz corretamente, pois, nem tudo o que diz respeito ao Estado deve ser visto em caráter de indisponibilidade. Como esclarece Grau, no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, o que se notou, por vezes, foi um “erro, muito comum, de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração”⁷².

Com efeito, o Estado dispõe de direitos patrimoniais, podendo estes ser tanto disponíveis quanto indisponíveis, devendo a disponibilidade ou indisponibilidade projetar a satisfação do interesse público. Em outros termos, o Estado tem o dever de dispor ou não de seus bens, à medida que a alienação ou manutenção possa convir ao benefício coletivo.

Nesse tocante, parece haver uma confusão generalizada sobre o conceito de *direitos patrimoniais*, que podem ou não ser disponíveis, com o *interesse público*, que sempre é indisponível. De fato, o Administrador jamais poderia exercer qualquer ato em desfavor do interesse público – pois deste não se pode abrir mão – mas cabe ao Administrador se desfazer ou preservar certos bens, para que possa, a partir daí, fazer prevalecer o interesse público.

Em vista de nossa interpretação esboçada acima, pedimos vênias para destoar da doutrina de Lauro Gama, que considera o interesse público como composto por substâncias distintas, classificadas como interesses públicos primários e secundários. “Os primeiros são aqueles que promovem e concretizam os valores eleitos pela sociedade como um todo – dignidade da pessoa humana, justiça, democracia, desenvolvimento econômico, proteção ao meio ambiente etc; – já os segundos dizem respeito aos interesses patrimoniais do Estado ou suas entidades (interesse ‘fazendário’).”⁷³

⁷² GRAU, EROS ROBERTO, “Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória”, v. 5, n. 18, in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, RT, 2002, pp. 398

⁷³ SOUZA JR, Lauro da Gama e, Op. Cit., p. 27

Apesar de compreendermos a doutrina proposta pelo autor, não estamos seguros de que distinguir o interesse público entre primário (indisponível) e secundário (disponível) seria suficiente para satisfazer a dúvida que encerra a distinção entre direitos patrimoniais estatais disponíveis e direitos patrimoniais estatais indisponíveis. A nosso ver, o interesse público é indiviso e sempre indisponível, enquanto os bens estatais podem ser usados à medida da necessidade, com vista a locupletar um único propósito, qual seja, a consecução do benefício comum.

Dessa maneira, como já vimos, o ato jurídico tem entre seus elementos a *competência, forma, objeto, motivo e finalidade*, cujo preenchimento conjunto estabelece condição para sua existência. A finalidade do ato, por sua vez, remete à vontade da Administração Pública, que deve, necessariamente, visar à efetivação do interesse público. Dedutivamente, portanto, a finalidade do ato administrativo é a consecução do interesse público.

No entanto, para que se possa verificar se o elemento finalidade foi, de fato, atendido, para fins de aferição da existência do ato jurídico, não se pode furtar do árduo dever de debater sobre o significado da expressão *interesse público*, afinal, é ela o predicado fundamental para essa avaliação.

Figueiredo, antes de pormenorizada explicação, afirma que a dúvida sobre o significado de interesse público pode ser respondida de maneira singela: *interesse público é aquilo que a lei quis*⁷⁴. No entanto, pergunta-se se a lei pode, de fato, prever todas as situações que envolvem a sociedade, a ponto de se estabelecer que apenas e tão somente a lei tem o condão de predeterminar o que é e o que não é interesse público.

Em nosso entendimento, a expressão *interesse público* detém um conceito fluído, isto é, indeterminado, e que pode ser alvo de ponderações subjetivas sob a perspectiva de um incidente fático, para sua delimitação. E tanto é subjetivo que um agente pode, eventualmente, desempenhar determinado ato acreditando conduzir-se na vertente do

⁷⁴ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, ed. 6, São Paulo, Malheiros, p. 35.

interesse público, e acabar esbarrando em outros interesses coletivos que, naquela circunstância, se mostravam equivalentes e conflitantes, e, por vezes, até mais importantes.

Assim, em vista da fluidez e indeterminação do que é interesse público, não bastaria que uma lei viesse expressamente permitir a participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais, para que todo e qualquer litígio relativo a tal lei seja arbitrável. E assim entendemos, a despeito das lições trazidas por SALLES, que em vasto arrazoadado afirma:

“De maneira geral, o presente trabalho sustenta a irrelevância da chamada arbitrabilidade objetiva para fins de admissão da arbitragem em contratos administrativos. Sendo necessária autorização administrativa para a Administração poder-se valer da arbitragem em relação a seus contratos – autorização efetivamente existente em nosso sistema jurídico – a questão da patrimonialidade e disponibilidade dos direitos envolvidos resta inteiramente superada.

Com efeito, diante da existência de lei autorizando a arbitragem, o juízo quanto à adequação jurídica desse instrumento está, adredemente, estabelecido pelo legislador, independentemente seu emprego de qualquer investigação quanto à natureza dos bens envolvidos”⁷⁵.

Em nossa opinião, uma coisa é a outorga normativa de capacidade ao ente público para celebrar convenção arbitral, outra coisa é a apuração da matéria objeto do litígio. Em outras palavras, ainda que haja lei que permita ao Estado incluir cláusula arbitral em seus contratos, deve-se, para cumprimento do artigo 1º da Lei 9.307/96, verificar se o escopo da controvérsia restringe-se a direitos patrimoniais disponíveis.

Nesse sentido, o TCU, grande opositor da utilização da arbitragem pela Administração, prolatou recente acórdão determinando a inaplicabilidade indistinta de procedimentos arbitrais para solução de disputas relativas a questões econômico-financeiras inerentes a contratos de concessão de rodovias. Na oportunidade, o TCU, após breve motivação contradizendo o Superior Tribunal de Justiça, resolveu por concluir que, apesar

⁷⁵ SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit. p. 306

de haver lei autorizadora, contratos de concessão de serviço público versam sobre direitos patrimoniais indisponíveis em matéria econômico-financeira, restando, portanto, fora da competência arbitral. Vejamos:

“Sobre a matéria, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se no MS 11.308/DF quanto à “aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado”. Ratifica, assim, o pressuposto de disponibilidade dos direitos patrimoniais do Estado, conquanto afirma: “é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração”.

No âmbito do TCU, a previsão da arbitragem, de forma indiscriminada, em contratos firmados para a prestação de serviço público já foi apreciada e proibida (cf. Acórdão 584/2003-2ª Câmara e Acórdão 537/2006-2ª Câmara). Os contratos assim formulados estão sendo alterados por meio de aditivos.

Pode-se concluir que a jurisprudência tem buscado resguardar o interesse público, indisponível por natureza. No caso específico de contratos de concessão de serviços públicos, as questões econômico-financeiras são de interesse público e, por conseguinte, são indisponíveis a juízo arbitral em litígios administrativos. (...)

Com fulcro no que dispõe o art. 1º da Lei 9.307/1996 e em que pese ser possível a aplicação da arbitragem, tão somente, aos aspectos regulamentares do contrato de concessão, tem-se por devido determinar à ANTT, haja vista o que dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001, que preveja expressamente, no Contrato de Concessão decorrente do Edital 001/2011-BR-101/ES/BA, a inaplicabilidade da Arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão”.

Apesar dessas decisões equivocadas e anacrônicas do TCU, é nosso entendimento que as leis autorizadoras se limitam a outorgar competência ao administrador para avençar pacto arbitral, restando necessário, sempre, avaliar no caso concreto, se a questão específica é ou não arbitrável, o que está longe de ser tarefa simples. O que realmente não está correto

é o TCU resumir-se a determinar a supressão de convenções de arbitragem simplesmente por entender que certas questões suscitadas em litígio poderiam vir a não ser arbitráveis⁷⁶.

É de se lembrar o que determina o artigo 25 da Lei 9.307/96⁷⁷. Por este dispositivo, demonstra-se, mais uma vez, a compatibilidade dos contratos administrativos com cláusulas compromissórias, haja vista que, em eventual instauração de procedimento arbitral, ao constatar dissentimento quanto à matéria de caráter indisponível, o árbitro encaminhará a pendência à apreciação do Poder Judiciário. Tão logo resolvida a questão prejudicial, restabelecer-se-á a arbitragem.

Se o objeto da lide for integralmente relacionado à matéria indisponível, então a ação deverá ser apreciada, exclusivamente, pelo Poder Judiciário. Encerra-se, portanto, o procedimento arbitral quando do envio da causa ao juízo estatal. Diferentemente, caso se verifique que a matéria indisponível corresponde apenas a questão de prejudicialidade, o procedimento arbitral será somente suspenso, até que o problema incidental seja sanado judicialmente. Nesse sentido, esclarece Carmona:

"enquanto estiver a demanda sob o crivo do Poder Judiciário, não terá curso o procedimento arbitral, suspendendo-se o prazo para a apresentação do laudo. Note-se bem: o prazo suspende-se, não se interrompe, voltando a correr pelo que faltava à época em que o árbitro remeteu as partes à via judicial".⁷⁸

Para tanto, parece-nos fundamental que seja observado o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, consubstanciado no artigo 8º da lei 9.307/96⁷⁹. Esse princípio, universalizado

⁷⁶ Citamos aqui entendimentos de Gustavo Fernandes de Andrade apresentado em debates ocorridos no âmbito do Comitê Brasileiro de Arbitragem.

⁷⁷ Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

⁷⁸ CARMONA, Carlos Alberto, Op. Cit., p. 291

⁷⁹ Art. 8º – A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

no ordenamento de diversos países⁸⁰, traduz-se do idioma alemão para o português por competência-competência, e confere ao árbitro a competência de decidir sobre sua própria competência, isto é, atribui ao árbitro o poder de avaliar a validade da convenção de arbitragem, para que então possa decidir se ele tem ou não jurisdição sobre a causa.

Supondo-se a existência de convenção arbitral, as questões de arbitrabilidade que eventualmente sejam avistadas, também são colocadas à apreciação dos árbitros, para que estes possam decidir se devem ou não dar continuidade ao procedimento arbitral. Assim, caso os árbitros constatem a inaptidão da arbitragem para a solução do conflito em análise, eles devem suspender, de imediato, seus trabalhos e remeter a lide à autoridade competente, isto é, aos juízes togados. Se, por outro lado, entenderem que o conflito é arbitrável, ou seja, que a lide preenche os requisitos de arbitrabilidade objetiva e subjetiva, darão continuidade ao procedimento até a prolação de sentença final.

Embora se designe aos árbitros a competência de decidir sobre sua própria competência, pode acontecer de aqueles se equivocarem e manterem o curso da arbitragem mesmo que esta venha a versar sobre matéria indisponível. Neste caso, se uma das partes restar inconformada com tal decisão, permite-se-lhe buscar amparo do Poder Judiciário, a fim de reverter o caminho imposto pela determinação dos árbitros, por meio de ação de anulação de sentença arbitral, nos termos do artigo 32, inciso I, da lei 9.307/96⁸¹. Note-se: não há motivo para inquietudes.

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

⁸⁰ “Por ejemplo en la ley holandesa de 1986 establece que la excepción de incompetencia debe ser opuesta como primera defensa, bajo pena de caducidad, y establece a texto expreso las facultades del árbitro de resolver su propia competencia. En el mismo sentido se pronuncia la ley federal suiza. Por su parte la ley española establece que la oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva o de inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral debe ser resuelta por el propio tribunal arbitral sin que quepa recurso contra dicha decisión” (GARCÍA, Ricardo Oliveira Garcia e ARÉCHAGA, Mercedes Jiménez de, Op. Cit., p. 50-51).

⁸¹ Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso.

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Para o ordenamento brasileiro, é legítimo à Administração Pública celebrar contratos regidos pelo direito privado e/ou pelo direito público. No primeiro caso, a Administração se nivela aos particulares para estabelecer uma relação contratual, e, no segundo, a Administração impõe sua supremacia contra o particular, rogando para si poderes unilaterais.

Nesse sentido, Di Pietro faz a distinção entre o que se deve entender por contratos celebrados pela Administração Pública e contratos administrativos:

“A expressão *contratos da Administração* é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão *contrato administrativo* é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.

Costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade e que, nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade”⁸².

Medauar, similarmente, mas reforçando os aspectos de direito público que, no mínimo tangencialmente, impregnam os contratos da Administração, assim os distingue dos contratos administrativos:

“o módulo contratual da Administração desdobra-se em alguns tipos, que podem ser enfeixados do seguinte modo: a) *contratos administrativos clássicos*, regidos pelo direito público, como contrato de obras, o de compras, as concessões; b) *contratos regidos*

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 251.

parcialmente pelo direito privado, também denominados contratos semipúblicos, como a locação, em que o poder público é locatário”⁸³.

Apesar dos contratos celebrados pela Administração serem marcados por um viés necessariamente público⁸⁴, o fato é que, assim como os contratos essencialmente privados, regulamentados pelo Código Civil, eles são acordos voluntariamente celebrados entre partes distintas e que, por seu sinalagma, revelam entre os polos contratuais interesses recíprocos e opostos entre si: recíprocos, pois uma parte depende da outra para alcançar a finalidade de seu interesse, e opostos, pois uma deve pagar e a outra executar.

Deve-se ter em conta, ademais, que, enquanto a finalidade do contratante privado é satisfazer um interesse particular e auferir lucro, a finalidade oposta da Administração sempre corresponde ao atendimento do interesse coletivo. De fato, pouco importa se o regime jurídico aplicável ao contrato é de direito privado ou público, o objetivo da Administração jamais será outro que não o beneficiamento do interesse público.

Por esse motivo, é que se deve ter clara a distinção entre *direitos patrimoniais disponíveis* e *interesse público*, ao se ponderar sobre a arbitragem como instrumento cabível para julgamento de disputas relativas a contratos celebrados pela Administração e contratos administrativos. Com efeito, se todos os contratos administrativos visam ao interesse público, nem todos são regidos exclusivamente pelo direito público, e, ainda que o sejam, nem todas as matérias que os permeiam equivalem a direitos patrimoniais indisponíveis.

Dessa forma, seguindo-se as interpretações de Di Pietro, embora nos pareça evidente que a horizontalidade dos contratos da Administração celebrados sob regime de direito privado credenciem-na a pactuar convenção de arbitragem, maior reflexão se deve

⁸³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 2003. 7ª. ed., p. 229.

⁸⁴ “Embora de regime jurídicos diversos, nem sempre é fácil a distinção entre os contratos privados da Administração e os contratos administrativos, pois como os primeiros têm regime de direito privado parcialmente derogado pelo direito público, essa derrogação lhes imprime algumas características que também existem nos da segunda categoria”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 256). Em nossa opinião, um dos aspectos mais evidentes que realçam a interferência pública nos contratos regidos pelo direito privado está na forma, pois para todos os contratos da administração, no mínimo a forma escrita é exigida para que o contrato seja válido.

empenhar na análise da arbitrabilidade em contratos administrativos marcados pela verticalidade e regidos pelo direito público.

Já vimos, em capítulo anterior, que a legislação cuidou para conferir arbitrabilidade subjetiva à Administração no que concerne a determinadas modalidades de contratos administrativos, tais como concessão de serviços públicos e obras públicas, o que denota o real interesse do legislador e premência dos operadores em trazer para esse tipo de contrato a possibilidade de se admitir a jurisdição arbitral. E já não era sem tempo, pois as controvérsias geradas por esses tipos de contratos, muitas vezes, tem fundo de grande complexidade técnica, que fogem ao campo de conhecimento e qualificação intelectual dos juízes comuns. De fato, seria mesmo injusto cobrar de algum juiz, desembargador ou ministro a mesma capacidade técnica de um renomado árbitro-engenheiro para decidir sobre problemáticas próprias de obras de grande infraestrutura, como hidrelétricas, satélites, mineradoras etc.

Assim, fica lúcido que o ordenamento brasileiro permite o uso da arbitragem em contratos administrativos, mas ainda devemos nos perguntar para quê e até que ponto ela pode ser aproveitada.

Parece-nos que a arbitragem pode e deve ser aproveitada na medida em que a lei autoriza a Administração a lançar mão desse instrumento, e que o árbitro tem competência, nos termos da lei 9.307/96 para decidir sobre sua própria competência. Apesar dos contratos administrativos atribuírem ao Estado poder de império sobre o privado, legitimando-se prerrogativas estatais e cláusulas exorbitantes, o fato é que árbitros, quando experientes e conhecedores do direito público, têm plenas condições de separar o que é matéria arbitrável do que não é. Por exemplo, o árbitro competente não deverá dizer se o Estado teve ou não razão para rescindir unilateralmente o contrato, mas poderá decidir acerca dos impactos econômicos que o ato estatal afetou as partes.

Assim é que o árbitro, ao se deparar com o exercício de uma prerrogativa exorbitante do Estado sobre o privado contratado, não deverá ter pretensão de exercer

qualquer tipo de controle jurisdicional sobre o mérito do ato, devendo, se for o caso, remeter essa controvérsia específica ao crivo do judiciário. Nessa vereda, valem os esclarecimentos de Lemes:

“Os contratos administrativos regem-se pelas disposições legais específicas, pelas regras pactuadas pelas partes e supletivamente pelas normas de Direito Privado. Por disposição legal aplicável aos contratos administrativos, a Administração Pública goza de certos poderes que destoam das regras atinentes às contratações eminentemente privadas. Assim, não são matérias que possam ser submetidas aos árbitros as decisões adotadas pela Administração quanto à pertinência ou legitimidade de particularidades dos contratos administrativos, tais como as que giram em torno das denominadas cláusulas exorbitantes, como a decisão de rescindir unilateralmente o contrato, a de rever seu objeto e escopo etc. Mas nada impediria de o árbitro decidir sobre as consequências patrimoniais delas advindas, em especial para indenizar e recompor o equilíbrio econômico financeiro do contrato”⁸⁵.

A propósito, vejamos a seguir, alguns excertos legais que, a mais da lei 9.307/96, conferem competência e capacidade aos entes da Administração para celebrar pactos arbitrais:

- a) Lei 8.987/95, modificada pela lei 11.196/05 (Concessão de Serviços Públicos) – Art. 23, A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.
- b) Lei 11.079/2004 (Parcerias Público Privadas) – Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...)
 - III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei

⁸⁵ LEMES, Selma Ferreira. Op. cit. p. 144.

nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

- c) Lei 9.478/97 (Concessão para Exploração de Petróleo e Gás) – Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...)

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

- d) Lei 10.233/01 (Transportes Aquaviários e Terrestres) – Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a: (...)

XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

- e) Lei 11.909/09 (Transporte de Gás Natural) - Art. 21. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...)

XI - as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

4. CONTRATO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E EMPRESA PÚBLICA

As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de caráter híbrido, por serem constituídas de capital público e privado, e que podem desempenhar, em conformidade com seus objetos sociais, tanto atividades econômicas privadas, de modo a competir com particulares, quanto serviços públicos, por vezes suplantando espaços não preenchidos integral ou adequadamente pelo setor privado. Vejamos o entendimento de Di Pietro sobre esse tipo societário:

“Sociedade de economia mista é pessoa jurídica de direito privado, em que há conjugação de capital público e privado, participação do

poder público na gestão e organização sob forma de sociedade anônima, com as derrogações estabelecidas pelo direito público e pela própria lei das S.A. (Lei nº 6.404, de 15-12-76); executa atividades econômicas, algumas delas próprias da iniciativa privada (com sujeição ao art. 173 da Constituição) e outras assumidas pelo Estado como serviços públicos (com sujeição ao art. 175 da Constituição)⁸⁶.

De forma semelhante, afirma Gasparini:

“A sociedade de economia mista é pessoa jurídica de direito privado. Obedece ao regime jurídico instituído por esse ramo do Direito, por expressa disposição constitucional. De fato, estatui o inciso II, § 1º, do art. 173 da Constituição Federal que a sociedade de economia mista sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. (...) Ao lado dessa imposição, e como se isso não bastasse, estabelece o parágrafo único do art. 27 do Decreto-Lei federal nº 200/67 que se assegurarão às sociedades de economia mista condições idênticas às do setor privado.

Apesar disso, é incontroverso que essas sociedades se submetem a certas regras jurídicas de caráter administrativo, realidade que não lhes retira a natureza privada e a essência mercantil, industrial ou de serviço, mas lhes atribui qualificação peculiar. Não fosse assim, seriam tão só sociedades mercantis ou industriais, não sociedades de economia mista”⁸⁷.

Já as empresas públicas são sociedades constituídas somente por capital público, criadas por lei, e voltadas ao desenvolvimento de atividade econômica. Assim as define Meirelles:

“Empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado, instituídas pelo Poder Público mediante autorização de lei específica, com capital exclusivamente público, para a prestação de serviço público ou a realização de atividade econômica de relevante interesse coletivo, nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p.377.

⁸⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.447.

As empresas públicas são geralmente destinadas à prestação de serviços públicos industriais ou atividades econômicas em que o Estado tenha interesse próprio ou considere convenientes à coletividade (...).

O que caracteriza a empresa pública é seu capital exclusivamente público, de uma só ou de várias entidades, mas sempre capital público. Sua personalidade é de Direito Privado e suas atividades se regem pelos preceitos com comerciais. É uma empresa, mas uma empresa estatal por excelência, constituída, organizada e controlada pelo Poder Público”⁸⁸.

As sociedades de economia mista, quando voltadas ao cumprimento de funções públicas fundamentais, cuja responsabilidade, por natureza, incumbe ao Estado, serão reguladas, prioritariamente, pelas regras de direito público. Por outro lado, se atividade econômica da sociedade for praticada com fins de mercancia, e em concorrência com o setor privado, então a empresa será regulada pelas normas de direito privado. Isso porque, neste último caso, o Estado é visto como investidor-competidor e, justamente, por esse motivo é que essas entidades “não poderão ter privilégios de direito público, mas, ao contrário, devem submeter-se às regras gerais incidentes sobre as empresas privadas em geral”⁸⁹.

Se as sociedades de economia mista atuam como privados e são regidas pelo direito privado, significa que os contratos por ela celebrados serão, igualmente, regidos pelo direito privado. Quando a sociedade atua com vistas a suprir um fim público, os acordos celebrados por ela serão equivalentes a contratos administrativos, dependendo, portanto, da formalidade exigida pela lei 8.666/93.

Desse modo, retomamos o debate empreendido acima, quando tratamos dos contratos administrativos e contratos da Administração. Sendo cedida a autorização legal para o uso da arbitragem em contratos administrativos, notadamente, sob a disciplina de

⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 28. ed, 2003, p. 355.

⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, “Manual de Direito Administrativo”, 2. ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 1999, p. 326

leis específicas, como a lei de PPP e a lei de Concessão de Serviços Públicos, resta avaliar se os direitos contratados e tocantes à disputa são patrimoniais e disponíveis.

No tocante aos acordos firmados por sociedades de economia mista cujas atividades destinam-se ao mercado privado, não resta dúvida de que, por natureza e assertiva constitucional, elas podem se submeter à arbitragem, pois são entes equiparados a empresas particulares. Esse entendimento, como afirma Salles, também deve servir às empresas estritamente públicas, quando estas desempenharem atividades puras de mercado⁹⁰.

Já arbitrabilidade objetiva referente às sociedades de economia mista e empresas públicas que exercem práticas públicas, será avaliada caso a caso, sendo tidas como arbitráveis à medida que medidas de império não sejam consideradas, e que apenas direitos patrimoniais disponíveis sejam levados ao procedimento.

O Brasil, na última década, tem robustecido sua jurisprudência na vertente da aceitação da arbitragem contratada por sociedades de economia mista. Muito além do antigo e quase lendário Caso Lage, que até pouco tempo era citado como o grande precedente jurisprudencial albergante da arbitrabilidade para disputas atreladas ao Estado, desde 2005, arestos vêm compondo a história de progresso do sistema arbitral em matérias dessa categoria, especialmente, em vista da grata lucidez dos ministros do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicabilidade da lei 9.307/96.

Em corroboração à nossa afirmação acima, destacamos a seguir alguns excertos de acórdãos que são referência da admissibilidade da arbitragem para tratar de questões

⁹⁰ “De todo modo, é inegável o fato de a própria Constituição haver trazido, em seu artigo 173, o balizamento básico das finalidades e funcionamento dessas empresas estatais na exploração de atividade econômica. Além da excepcionalidade de atividades estatais dessa espécie, extraída do *caput* do dispositivo, o texto constitucional estabelece a sujeição da empresa pública e da sociedade de economia mista ‘ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto a seus direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (parágrafo 1º, inciso II). Ainda mais, veda às empresas dessa natureza ‘gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado’ (parágrafo 2º). Esse direcionamento constitucional, aliado à circunstância de reconhecer personalidade de direito privado a essas pessoas jurídicas, a teor do Decreto-lei 200-67, tem permitido afirmar a obrigatoriedade das empresas públicas e sociedades de economia mista, no exercício da atividade econômica, operarem sob o mesmo regime jurídico das empresas privadas. (SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit. p. 360.)

relacionadas a sociedades de economia mista, e que ressaltam a qualidade e esclarecimento dos Ministros julgadores acerca do tema em discussão:

- (a) Recurso Especial 612439/RS, 2003/0212460-3, Segunda Turma, julgado em 25 de outubro de 2005 e publicado em 14 de setembro de 2006 - São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.
- (b) Agravo Regimental no Mandado de Segurança 11308/DF, Primeira Seção, 2005/0212763-0, julgado em 28 de junho de 2006 e publicado em 14 de agosto de 2006 - O STF, sustenta a legalidade do juízo arbitral em sede do Poder Público, consoante precedente daquela corte acerca do tema (...) Contudo, naturalmente não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada.

A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

Nesta esteira, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em

nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

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

(...) Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais"

- (c) Recurso Especial 904813/PR, 2006/0038111-2, Terceira Turma, julgado em 20 de outubro de 2011 e publicado em 28 de fevereiro de 2012 - Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.

5. CARACTERÍSTICAS DAS ARBITRAGENS ENVOLVENDO O ESTADO

5.1. PUBLICIDADE

Reconhecemos que o sigilo é uma das vantagens atribuídas à arbitragem. Entretanto, quando este é contraposto a um princípio constitucional, que trata da publicidade dos atos do Estado, verificamos que a confidencialidade da arbitragem, quando empregada para resolver disputas estatais, sucumbe à necessidade de transparência das medidas tomadas pela Administração Pública⁹¹.

De fato, por se tratar de um método privado de solução de controvérsias, a confidencialidade costuma ser um atributo da arbitragem, uma vez que as partes podem avançar as regras pelas quais se submeterão ao longo do procedimento. Entre essas regras, convencionou-se que os documentos, testemunhos e peças processuais devem ser mantidos em sigilo, assegurando-se, dessa forma, a privacidade das partes.

Todavia, por não ser a confidencialidade uma condição, mas apenas uma característica das arbitragens, é que o procedimento arbitral pode prescindir do sigilo e ainda assim prosseguir naturalmente. Desse modo, deve-se esclarecer que não há qualquer entrave entre o dever de publicidade inerente ao Estado e a confidencialidade peculiar à arbitragem.

Quando o Estado figura como parte em alguma arbitragem, a privacidade das decisões e do procedimento não só é inconveniente como fere dispositivos garantidores da democracia. Vejamos o que diz Carmona:

“deve ser exorcizado um último fantasma que assombra a arbitragem nas relações de que participa a Administração Pública, a saber, a privacidade das decisões. Em outros termos: considerando-se que um dos princípios que deve reger a Administração é a transparência e a publicidade dos atos administrativos, como conciliar o sigilo – vantagem reconhecida da arbitragem, que torna confidencial todo o procedimento – e a publicidade que deve reger os procedimentos da

⁹¹ SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Direito Público*. Revista Brasileira de Arbitragem, 2009, n. 22, p.101.

Administração? Parece-me, francamente, um falso dilema, já que o sigilo é uma característica que pode – apenas pode – ser estabelecida entre as partes, nada impedindo que os litigantes, por qualquer razão, abram mão da confidencialidade que geralmente cerca o procedimento arbitral. É evidente que, diante dos diversos mecanismos que o Estado estabelece para prestar contas aos cidadãos de tudo quanto foi feito para garantir o interesse público (a publicidade garante o maior de todos os controles, ou seja, o controle popular), não se pode garantir sigilo absoluto na arbitragem de que participe o Estado, sem que isso implique a impossibilidade de utilizar-se o mecanismo para resolver questões que possam interessar ao público. A solução de compromisso, neste ponto, é de rigor: o princípio da transparência deve ser respeitado, dando-se acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral (quando necessário), preservando-se, porém, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral”⁹².

Com opinião similar à de Carmona, Salles entende que a publicidade deve prevalecer sobre a confidencialidade, mas destaca que o sigilo pode ser compreendido em diversas variações. Vejamos:

“À arbitragem, tendo por objeto negócios do Estado, evidentemente, se projeta essa obrigação de publicidade, não sendo possível concebê-la como um campo isento aos controles próprios da Administração Pública. Resta saber qual o significado concreto a ser dado a essa garantia, isto é, quais atos do procedimento arbitral se submeteriam a essa exigência, de maneira a não descaracterizar esse mecanismo com a imposição de formalidades incomuns e impróprias a seu desenvolvimento.

A esse propósito, pode-se imaginar uma ampla variação de graus de sigilo passíveis de incidir sobre a arbitragem. É possível ele dizer respeito à própria existência da arbitragem, a seu resultado, ao seu *iter* procedimental, a documentos ou informações especificados e, ainda, dizer respeito a determinadas pessoas, situações, entidades ou instituições”⁹³.

⁹² CARMONA, Carlos Alberto, Op. Cit., p. 67.

⁹³ SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit. p. 403

As ponderações de Salles, de fato, parecem adequadas, na medida em que trazem razoabilidade à aplicação do princípio da publicidade sobre o procedimento arbitral. Com efeito, de modo geral, deve-se assegurar a transparência e abertura de informações relativas à arbitragem envolvendo o Estado, visando-se a garantir aos administrados o conhecimento dos atos da Administração. Entretanto, as informações que não disserem respeito aos administrados, ou que interessarem apenas a uma das partes litigantes – seja ao Estado ou ao particular, ambos na condição de competidores de mercado – não deverão, necessariamente, ser expostas ao público. Afinal, a revelação de segredos de indústria objetos de patente, por exemplo, podem não atender a um interesse coletivo, enquanto poderiam prejudicar, severa e individualmente, as partes da disputa arbitral.

5.2. *EX AEQUO ET BONO*

A legislação brasileira prevê o juízo arbitral por equidade no artigo 2º da LBA⁹⁴, o que permite às partes, quando da celebração de convenção arbitral, outorgar aos árbitros o poder de proferir decisão lastreada em seu próprio saber, ainda que em detrimento das determinações da lei.

Embora, no Brasil, não se dê à arbitragem por equidade qualquer nomenclatura especial ou distintiva da arbitragem respaldada por lei, ela equivale ao que os demais ordenamentos ora analisados chamam de composição amigável, que, na opinião de Tapia, define-se da seguinte forma:

“la nota distintiva de esta modalidad, es que la resolución que dicte el árbitro deberá ajustarse a un criterio de equidad. El árbitro no se ciñe a un determinado cuerpo de normas de derecho positivo, sino que se apoya en un criterio de equidad. En esta especie de arbitraje el árbitro se puede apartar del marco legal, *in genere*, y contractual, en específico. Sin embargo, este margen tan amplio de discrecionalidad en la decisión no significa libertad caprichosa para emitir el fallo. El árbitro deberá otorgar un tratamiento de igualdad a las partes y

⁹⁴ Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

deberá ajustarse a las disposiciones imperativas de la *lex arbitri* y, en general, a las disposiciones de orden público⁹⁵.

Como se percebe, ao se optar pelo juízo baseado na cláusula *ex aequo et bono*, permite-se ao árbitro proferir sentença contrária à lei, especialmente se este vier a julgar por equidade substitutiva⁹⁶, que nada mais é que fazer valer a opinião do julgador em lugar da previsão legal.

Assim, por se entender que a arbitragem por equidade pode trazer certa insegurança às partes, a legislação brasileira, ao contrário da uruguaia e argentina, determina que, na falta de deliberação pelos litigantes sobre a escolha do tipo de arbitragem – se por equidade ou se por direito – os árbitros devem pautar suas decisões pela observância da legislação pertinente.

No que diz respeito às arbitragens envolvendo a Administração Pública, mais do que evitar insegurança ou desvios em procedimentos mal geridos, vale considerar que, embora o princípio da legalidade não deva ser entendido como vinculação estrita da conduta administrativa à lei positiva, não quer dizer, tampouco, que o Poder Público possa conduzir-se sem observar o direito⁹⁷. Essa também é a interpretação de Salles:

⁹⁵ TAPIA, Luis Enrique Graham, “EL Arbitraje Comercial”, Cidade do México, Themis, 2000, p.47.

⁹⁶ “Costuma a doutrina classificar a equidade em formativa, supletiva e substitutiva: a primeira destina-se a preencher lacunas no ordenamento, havendo expressa determinação do legislador para sua utilização (situação que se verifica em períodos em que a ordem sociopolítica não está consolidada); a equidade supletiva, mais freqüente, é invocada quando as disposições de Lei limitam-se a prever a hipótese, sem precisar-lhe exatamente as conseqüências, que são deixadas à determinação equitativa do juiz (é o caso do art. 1.694, § 1º do atual Código Civil brasileiro, que trata da fixação dos alimentos); por fim, a equidade substitutiva, que ocorre quando o juiz pode apreciar o caso concreto afastando a incidência da Lei que, normalmente, o disciplinaria de modo diverso. Nas palavras precisas de Giovanni Verde, na equidade substitutiva, ‘leva-se em consideração o fato de que as leis são formuladas em relação a classes inteiras de casos, de modo que nem sempre podem considerar adequadamente hipóteses concretas que, embora fazendo parte da classe, apresentam aspectos particulares que exigiriam uma valoração diferente.’ E conclui: ‘quando se recorre ao juízo de equidade, tem-se em conta esta exigência, e habilita-se o juiz a superar a barreira da Lei escrita, a criar uma norma que seja adequada à particularidade do caso a resolver’. Pelo que se viu, pode o árbitro, autorizado a julgar por equidade, decidir em sentido contrário àquele indicado pela Lei posta, o que não quer dizer que deva ele necessariamente julgar afastando o direito positivo. Em outros termos, se a aplicação da norma levar a uma solução justa do conflito, o árbitro a aplicará, sem que isto possa ensejar qualquer vício no julgamento” (CARMONA, Carlos Alberto, Op. cit. p. 77).

⁹⁷ SOUZA JR., Lauro da Gama, Op. cit., p. 36.

“No âmbito da Administração Pública, essa opção por um julgamento de equidade, com prejuízo, ainda que parcial, das normas de direito, não é possível.

Mais uma vez cabe lembrar a vinculação da Administração ao princípio da legalidade, conforme previsto na própria Constituição Federal. Não obstante o conceito de legalidade possa ser colocado em discussão, principalmente quanto às presunções dele extraídas, para a obrigatoriedade das ações estatais serem orientadas segundo as normas positivadas do próprio Estado”⁹⁸.

Em vista do exposto, concordamos com a opinião dos autores e entendemos que decisões *ex aequo et bono* devem ser descartadas de arbitragens em que o Estado figure como parte⁹⁹.

5.3. SEDE, IDIOMA E LEI APLICÁVEL

A LBA traz, no parágrafo único do artigo 34¹⁰⁰, o critério geográfico¹⁰¹ de determinação da nacionalidade da sentença arbitral, ao estabelecer que esta será considerada estrangeira se assinada fora do território brasileiro. E assim o faz sem promover qualquer ressalva quanto à sede do procedimento, o que nos permite inferir,

⁹⁸ SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit. p. 371 e 372.

⁹⁹ SALLA, Ricardo Medina. Op. cit., p. 103. No mesmo sentido, Klein: “a aplicação da equidade que implique o afastamento de regras do ordenamento não poderá ser admitida no tocante à arbitragem nos contratos de concessão. Mesmo que se compreenda o princípio da legalidade em sentido amplo, de observância da juridicidade do ordenamento como um todo – incluindo a ordem constitucional – não se pode permitir que a Administração atue de modo dissociado do que determina o Direito. Não poderão ser admitidos critérios outros que não o de direito sob pena de afronta ao princípio da legalidade” (KLEIN, Aline Lícia. p. 100. A Arbitragem nas Concessões de Serviço Público. In: Cesar Augusto Guimarães Pereira e Eduardo Talamini. (Org.). Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 100).

¹⁰⁰ Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

¹⁰¹ “O critério geográfico privilegia o lugar onde a decisão arbitral (laudo ou sentença) é proferida. Assim, o Protocolo de Genebra de 1923, a Convenção de Genebra de 1927, a Convenção de Nova Iorque de 1958 elegem o território do Estado para fins de nacionalidade, o mesmo sucedendo com a Lei de Arbitragem brasileira que, no seu art. 34, a *contrario sensu*, considera nacional a sentença arbitral proferida no território brasileiro, na medida em que diz que é estrangeira a sentença proferida fora do território nacional” (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado Geral da Arbitragem: Interno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.440).

como esclarece Braghetta, que sede e local de prolação do laudo devem ser considerados como expressões equivalentes¹⁰².

Apesar de a LBA não fazer qualquer referência à sede nem ao local de realização do procedimento quando trata de arbitragens internacionais, a legislação brasileira relativa a contratações com a Administração, notadamente as leis 8.987/95 e 11.079/04, parecem preocupar-se com essa questão, ao exigir que as arbitragens oriundas de contratos de Concessões e de PPP, sejam promovidas no Brasil. Dessa forma, em vista da dissensão terminológica que se verifica entre as leis de contratação administrativa e a LBA, parece-nos que o ordenamento brasileiro ainda pende de uma confirmação jurisprudencial acerca do que se deve entender por *lugar de realização* da arbitragem.

Está claro que uma das principais vantagens da arbitragem encontra-se em sua flexibilidade procedimental, que, entre outras possibilidades, oferece às partes litigantes a oportunidade de adaptar o processo às suas conveniências. Assim, a lei permite que se convencie, com boa margem de autonomia, sobre prazos para apresentação de peças, meios de criação de provas, locais e regras de audiência etc., de modo que a instrução processual possa ser livremente disciplinada, observados os preceitos do artigo 22 da LBA¹⁰³.

Dessa forma, ao surgir a necessidade de trazer algum elemento estrangeiro à apreciação dos árbitros, determinados atos do procedimento podem, sem maiores dificuldades, tocar solos internacionais, tais como, produção de provas documentais e oitiva de testemunhas. Note-se que quanto maior o desprendimento de rigidez, maior é o alcance pelas partes e árbitros de informações para a satisfação dos interesses disputados em tempo razoável.

A despeito da maleabilidade proporcionada pela LBA, as leis de Concessões e PPP geram engessamento nos procedimentos arbitrais que lhes concernem, na tentativa de trazer

¹⁰² BRAGHETTA, Adriana. *A Importância da Sede da Arbitragem: Visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 18.

¹⁰³ CARMONA, Carlos Alberto, Op. Cit., p. 42.

maior segurança ao processo, em detrimento da celeridade dos atos. Trata-se, em nossa opinião, de uma concepção ilusória de que os atos procedimentais, por serem praticados no Brasil, trariam maiores garantias que quaisquer medidas tomadas no exterior. Com esse mesmo entendimento, se pronunciou Talamini, ao afirmar que essa imposição da legislação se trata de uma cautela supérflua e talvez até contraproducente:

“Essa previsão derivou de uma das últimas emendas ao projeto de lei acolhidas antes de sua aprovação. Representou uma solução de compromisso, destinada a afastar temores externados no Senado Federal quanto a um suposto risco de desvios e abusos no emprego da arbitragem. (...)”

Historicamente, não há razões para duvidar da idoneidade no desenvolvimento e solução de processos desenvolvidos fora do território nacional e que tenham por objeto questões de interesse público. Basta considerar os episódios de arbitragem internacional e de disputas perante órgãos contenciosos internacionais a que já se submeteu o Estado brasileiro”¹⁰⁴.

De fato, se for observada a literalidade da expressão *arbitragem realizada no Brasil*, prevista nas leis de contratação pública em questão, ter-se-á que a livre disciplina de instrução dará espaço à rigidez de procedimento. Entretanto, se a referida expressão for interpretada como alusiva à sede ou local de prolação da sentença arbitral, as vantagens decorrentes da flexibilidade voltarão a valer para arbitragens envolvendo entes da Administração.

A propósito, entendemos que a interpretação do local de realização da arbitragem como correspondente à sede do procedimento é a que deve prevalecer nesse caso. Com efeito, essa interpretação deve beneficiar a Administração, pois lhe permitiria buscar mais a fundo e de maneira mais rápida a defesa de seus interesses. Ademais, o Brasil é signatário e ratificou as Convenções de Nova Iorque e do Panamá, que somadas aos artigos 38 e 39 da

¹⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. Idioma e local da arbitragem. In: *Conexão Migalhas: PPP – Parceria Público-Privada*, Campinas, Millennium Editora, p. 79.

LBA, lhe garantem o direito de apenas reconhecer decisões arbitrais estrangeiras que não se oponham à ordem pública nacional e aos critérios internos de arbitrabilidade.

Quanto ao idioma, ainda que a LBA não tenha feito referência direta à possibilidade de escolha da língua a ser utilizada no procedimento (sabe-se que em geral trata-se de escolha livre), as Leis de Concessão e de PPP exigem que seja empregado o vernáculo português nos casos de arbitragem envolvendo contratos administrativos dessas espécies. Assim o faz com a intenção de assegurar maior publicidade ao processo.

No entanto, a limitação – imposta pelas leis de Concessão e de PPP – à utilização do idioma português reduz as vantagens conferidas pela flexibilidade da arbitragem. Embora se possa argumentar que o uso da língua portuguesa assegure ao Estado maiores condições de enfrentar contenciosos complexos, essa restrição pode não só arrefecer o interesse de investidores estrangeiros, como interferir em outras peculiaridades da arbitragem, como a livre escolha dos árbitros¹⁰⁵. Ademais, na hipótese de árbitros estrangeiros serem eleitos, a Administração estaria vedada de utilizar qualquer outro idioma, que, por ventura, poderia servir para o melhor convencimento dos julgadores.

Como solução paliativa para essa condicionante legal, Talamini sugere que a arbitragem possa ser simultaneamente desenvolvida em português e em qualquer outro idioma¹⁰⁶, o que, de fato, poderia suavizar o problema quanto a ruídos de comunicação, aos olhos de partes ou árbitros estrangeiros. Entretanto, essa seria apenas uma alternativa mitigadora do problema trazido pela lei, já que a experiência mostra que arbitragens realizadas em dois idiomas, além de mais dispendiosas¹⁰⁷, trazem maior complexidade ao deslinde da controvérsia.

Quanto à lei aplicável, a LBA, em seu artigo 2º, parágrafo 2º, prevê a possibilidade de as partes elegerem as regras de direito que deverão incidir sobre o mérito da disputa e sobre o procedimento, contanto que essas não violem a ordem pública e os bons costumes.

¹⁰⁵ SALLA, Ricardo Medina. Op. cit., p. 101.

¹⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 80.

¹⁰⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. Op. cit., p. 132.

Percebe-se, da leitura da lei, que as partes submetidas à arbitragem gozam de maior autonomia para escolher as vias pelas quais deverá enveredar-se o procedimento, tanto do ponto de vista material quanto processual¹⁰⁸. Como esclarece Carmona, a LBA chega mesmo a derrogar os dispositivos da LINDB no que diz respeito às causas submetidas a juízo arbitral:

“A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/42) determina, em seu art. 9º, que a lei do lugar da constituição das obrigações deverá regê-las. A norma geral, como se vê, acaba de certa forma afrontada pela ampla autonomia concedida pelo art. 2º da Lei de Arbitragem, eis que as partes podem perfeitamente ignorar a determinação da Lei de Conflitos brasileira para determinar que o árbitro decida com base em outra lei material que não aquela apontada no dispositivo em questão”¹⁰⁹.

Entretanto, ao se tratar de arbitragens da Administração, a autonomia da vontade das partes cinge-se ao rigor da legalidade. Com efeito, mesmo que critérios mais amplos de vinculação do ato administrativo, como aqueles baseados na juridicidade, venham a ser admitidos, o fato é que os limites da liberdade contratual do Estado são notoriamente mais estreitos que o de contratantes privados¹¹⁰. Nesse sentido, valem os esclarecimentos de Klein:

“Entre particulares, prevalece a ampla liberdade de escolha da lei aplicável ao litígio prevista no art. 2º da Lei de Arbitragem.

Porém, isso não se verifica com relação aos contratos de que participa a Administração. Os contratos de concessão, objeto do presente estudo, são disciplinados por um conjunto específico de normas cuja incidência é injuntiva. Não há disponibilidade das partes para escolha do direito a ser aplicado ao contrato de concessão. A licitação, a contratação e a execução da avença são objeto de estrita

¹⁰⁸ Idem, p. 249.

¹⁰⁹ CARMONA, Carlos Alberto, Op. Cit., p. 78.

¹¹⁰ AMARAL, Paulo Osternack. *Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público*. In: Cesar Augusto Guimarães Pereira e Eduardo Talamini. (Org.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 335.

regulação normativa. O conjunto de regras e princípios estipulado deve ser aplicado a todos os atos praticados, sob pena de nulidade”¹¹¹.

¹¹¹ KLEIN, Aline Lícia. Op. cit. p. 101.

III. ARGENTINA

1. ARBITRAGEM

Tal como para os demais ordenamentos ora analisados, a arbitragem argentina também é um método heterocompositivo de solução de controvérsias dotado de jurisdição extrajudicial. Entretanto, o sistema arbitral argentino tem a peculiaridade de dispor de regulamentações regionais distintas, sendo positivado nos Códigos Provinciais locais, dentro dos chamados “juízos especiais”. E assim o é, pois nesse país a arbitragem é tida como um procedimento especial.¹¹².

Dessa forma, mesmo com a implantação do CPCCN, a regulação da arbitragem permaneceu descentralizada, ainda que algumas legislações provinciais tenham sido alteradas para se harmonizarem ao diploma nacional. Mesmo assim, algumas províncias mantiveram textos legais distintos, como é o caso, notadamente, do ordenamento de Mendoza¹¹³. Assim esclarecem Taquela e Argerich:

En la República Argentina existe una pluralidad de legislaciones en la materia, ya que el arbitraje está regulado tanto en el CPCCN como en la mayoría de los Códigos procesales provinciales. En virtud del régimen federal, el Congreso Nacional tiene la atribución de sancionar la legislación de fondo (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional de 1994) y las provincias se han reservado legislar en materia procesal”¹¹⁴.

Adicionalmente, o ordenamento argentino prevê dois tipos distintos de arbitragem: forçosa e voluntária. O primeiro tipo, em desuso entre os ordenamentos mais modernos, foge à natureza universal atribuída à arbitragem, retirando a autonomia da vontade das partes para firmar convenção de arbitragem. Isso ocorre na medida em que a arbitragem forçosa é imposta por lei, em casos específicos.

¹¹² ROBILOLO, Jorge Alberto. *Derecho Arbitral*. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 167.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ TAQUELA, Maria Bralna Noodt e ARGERICH, Guillermino. Op. cit, p. 316..

Por vezes, a lei que força as partes a seguir por arbitragem, em lugar da via judicial, o faz sem prever todas as circunstâncias necessárias para instalação do procedimento. Dessa forma, as partes que travam relação condicionada à arbitragem são obrigadas, quando do surgimento do litígio, a celebrar compromisso para dar prosseguimento ao processo.

Note-se que a arbitragem forçada é menos frequente que a arbitragem voluntária, e costuma ser empregada apenas em casos especiais, cujos objetos costumam abranger mais fatos que direitos, normalmente, de elevada complexidade técnica. Assim, o legislador buscou excluir da responsabilidade de juízes togados o dever de cuidar de ações que lhe exigiriam conhecimentos próprios de peritos, evitando-se o acúmulo de processos e a procrastinação de disputas, que poderiam ser resolvidas por especialistas privados, com maior rapidez e facilidade. Vejamos alguns exemplos de matérias que, por lei, devem ser, obrigatoriamente, submetidas à arbitragem:

- a) Empreitada, caso não seja negociado preço e o empreiteiro exerça essa função como profissão (artigo 1.627 do Código Civil argentino);
- b) Questões relativas a cartas de crédito (artigo 491 do Código de Comércio argentino);
- c) Matérias relativas à liquidação de sociedades civis (artigo 1.781 do Código Civil argentino) e
- d) Execução de sentenças de complexa liquidação (artigo 516 do CPCNA).

Pode-se perceber daí, que a arbitragem não só é aceita e conhecida pelo ordenamento jurídico argentino, como chega a ser imposta, para tratamento de questões específicas. Dessa maneira, a arbitragem chega a ser vista como um instrumento de rotina, sendo ela, em sua modalidade estritamente voluntária, tal como é conhecida no Brasil, Paraguai e Uruguai, uma peça adicional no sistema de soluções de controvérsias desse país.

2. ARBITRABILIDADE

Embora não tenhamos percebido como padrão doutrinário argentino destrinchar-se a arbitrabilidade em objetiva e subjetiva, entendemos que essa metodologia permanece apropriada para avaliação da viabilidade do uso da arbitragem. Afinal, o CPCCNA regulamenta a arbitrabilidade em dois artigos (737 e 738), positivando sobre *quem* pode e *o que* se pode julgar por arbitragem.

2.1. ARBITRABILIDADE SUBJETIVA EM DISPUTAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cabe-nos esclarecer, preliminarmente, que os códigos processuais locais argentinos estabelecem diferentes critérios relativos à capacidade para celebrar convenções arbitrais. Enquanto o CPCCNA, o Código de Buenos Aires e o Código de Córdoba se utilizam, do que aqui entendemos como regra geral, da analogia entre capacidade de transigir e capacidade de se comprometer em árbitros, outros códigos, como o de Santa Fé, não usam de critério similar. No caso deste último, basta que as partes saibam ler e escrever para celebrar convênios arbitrais¹¹⁵.

Mais amplamente, na Argentina, podem ser partes de procedimento arbitral somente aqueles que gozam do direito de transacionar¹¹⁶, como reza o artigo 738 do CPCCNA:

Artículo 738: CAPACIDAD. Las personas que no pueden transigir no podrán comprometer en árbitros. Cuando la ley exija autorización judicial para realizar actos de disposición, también aquélla será necesaria para celebrar el compromiso. Otorgada la autorización, no se requerirá la aprobación judicial del laudo.

¹¹⁵ CAIVANO, Roque J. Op. cit. p. 111.

¹¹⁶ Artículo 738: CAPACIDAD - Las personas que no pueden transigir no podrán comprometer en árbitros. Cuando la ley exija autorización judicial para realizar actos de disposición, también aquélla será necesaria para celebrar el compromiso. Otorgada la autorización, no se requerirá la aprobación judicial del laudo.

Sabendo desta condição, buscamos no ordenamento argentino o lastro jurídico que permite a um ou a outro desempenhar a transação, e o encontramos no Código Civil.

Embora tratemos, neste trabalho, sobre a possibilidade de pessoa estatal se submeter à arbitragem, o que nos leva à seara do direito administrativo, o fato é que na Argentina, o direito administrativo se entrelaça firmemente com o direito civil. Assim esclarece Hernando:

“En nuestro derecho debe distinguirse el propio Código Civil de los principios generales del Derecho contenidos, por un lado; y, por otro, que no todas las normas del Código Civil lo son de Derecho privado. De ahí que entre nosotros las relaciones sean más fácilmente apreciables, entre el Código Civil – no el Derecho Civil – y el Derecho Administrativo.”¹¹⁷

Tanto é assim, que o Código Civil argentino, além de tratar da possibilidade de particulares transigirem, regula também a capacidade da administração pública participar de negócios jurídicos desta qualidade¹¹⁸.

De qualquer modo, ciente de que a legislação argentina adota, de forma geral, a capacidade de transigir como critério para a arbitralidade subjetiva, devemos, antes de ir adiante, analisar o instituto da transação, seu conceito e efeitos à luz do ordenamento desse país.

Do ponto de vista subjetivo, isto é, da capacidade para transigir, destacamos o artigo 841, inciso 1º, que subtrai dos agentes do ministério público, nacionais e provinciais e dos procuradores das municipalidades o poder de transigir em nome de suas repartições. Contudo, como lembra a doutrina, não há vedação para que a eles sejam delegados poderes para transacionar em nome do órgão competente, de modo que lhes bastaria um

¹¹⁷ HERNANDO, Jesus Luis Abad. *Estudios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 72.

¹¹⁸ Artículo 841. No pueden hacer transacciones: 1ro. Los agentes del ministerio público, tanto nacionales como provinciales, ni los procuradores de las municipalidades; 2ro. Los colectores o empleados fiscales de cualquier denominación en todo lo que respecta a las rentas públicas;

instrumento formal conferindo-lhes esse direito, para que pudessem firmar acordos desse tipo.

Nesse sentido, Santos Cifuentes esclarece:

“nada se opone a que el Estado o Municipio y empleados fiscales, por acto especial emanado del órgano competente, autorice a sus procuradores a celebrar una transacción. No es una cuestión de capacidad, sino de poderes o personería.”¹¹⁹

Mais enfaticamente ainda, Llambias explica:

“os funcionarios mencionados no pueden, sólo en virtud de su carácter, transigir sobre los intereses del Estado cuya gestión les está encomendada. Pero nada se opone a que consentida la transacción por el organismo administrativo competente, sean ellos autorizados especialmente para formalizar la transacción con la contraparte. Lo contrario sería establecer una incapacidad de derecho contra el Estado, que la ley no sanciona ni hay razón para sancionar” (grifos nossos).

Similarmente, Cazeaux e Represas destacam:

“ante todo, existe coincidencia en cuanto a que dichos preceptos aluden al Estado en su carácter de Poder Público, dado que en tal calidad la Nación, Provincias o Municipios, gestionan asuntos de interés público y que están generalmente fuera del comercio, por lo cual resulta imposible a su respecto toda transacción conforme con lo dispuesto como regla general por el artículo 844 del Código Civil; mientras que en cambio si actúan como personas jurídicas o sea como sujetos de derecho privado, pueden perfectamente concluir transacciones”¹²⁰ (grifos nossos).

Das palavras sublinhadas, percebemos que, no ordenamento argentino, não é estranha ao Direito Público a figura da transação. Com efeito, ela chega até mesmo a ser

¹¹⁹ CIFUENTES, Santos, Código Civil Comentado y Anotado, 2. ed, t. II, coord. SAGARNA, Fernando Alfredo, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 27.

¹²⁰ CAZEAUX, Pedro N.; REPRESAS, Félix. A. Trigo. (1969) *Derecho de las Obligaciones*. 3. ed. La Plata: LEP, 1991. p. 487-488.

regulada por legislação específica, que atribui aos membros do Poder Executivo Nacional (presidente e ministros) o poder de transigir sempre que assim seja necessário proceder para atendimento do interesse público¹²¹. Vejamos o que diz a lei 23.982 de 1º de abril de 1991:

Artículo 18.- El Poder Ejecutivo Nacional o cualquiera de los ministros que le asisten, con el previo asesoramiento del servicio jurídico permanente, podrán acordar transacciones, que en todos los casos deberán contar con la aprobación del Tribunal de Cuentas de la Nación, la Sindicatura General de Empresas Públicas o los organismos de control que correspondan en cada caso y ser homologadas judicialmente. Será competente para la homologación el juez actuante o el que lo hubiera sido para entender en la cuestión. Los medios para la cancelación de las obligaciones, dinerarias emergentes de la transacción serán los previstos por esta ley, salvo que existieren partidas presupuestarias específicas. El Poder Ejecutivo Nacional o cualquiera de los ministros que le asisten, con el asesoramiento previo del servicio jurídico permanente, podrán someter a arbitraje las controversias que mantengan con los particulares en sede administrativa o judicial, cuando los asuntos revistan significativa trascendencia o sea ello conveniente para los intereses del Estado. En el compromiso arbitral se pactarán las costas por su orden y se renunciará a todo recurso con excepción del previsto por el artículo 14 de la ley 48. Los medios para la cancelación de las obligaciones dinerarias emergentes del laudo serán los previstos por esta ley, salvo que existieren partidas presupuestarias específicas. El Poder Ejecutivo Nacional reglamentará lo relativo a transacción y arbitraje a los fines de esta ley (grifos nossos).

Como se percebe do excerto legal acima, permite-se à Administração Pública argentina celebrar contratos de transação, o que, por si só, já serviria para habilitá-la a contratar cláusulas compromissórias ou celebrar compromissos arbitrais. No entanto, o texto da lei vai além, e deixa claro que o Poder Executivo Nacional tem competência para

¹²¹ Nesse mesmo sentido, “El Poder Ejecutivo Nacional puede efectuar transacciones en cuestiones referidas a los contratos administrativos, en tanto tiene competencia conferida constitucionalmente (arts. 99, inciso I, presidente y 100, inciso I, jefe de gabinete, en la medida de su competencia), sin necesidad de que ley alguna lo autorice y siempre teniendo en cuenta el interés público. Esta *transacción* queda comprendida en los alcances de los principios y normas de Derecho Público, no pudiendo el Estado actuar más allá de lo que ellas determinan. Por ello la ley de consolidación 23.982 dispone que el Poder Ejecutivo Nacional, o cualquiera de los ministro que le asisten, podrá acordar transacciones o someter a arbitraje las controversias que mantengan con los particulares en sede administrativa o judicial, determinando el procedimiento a seguir en cada caso.” (DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 11ª. Ed., Buenos Aires, editoras Ciudad Argentina e Hispania Libros, 2006, p. 581).

se submeter a arbitragens sempre que assim se entender conveniente aos interesses do Estado.

A jurisprudência argentina também não parece oscilar, tendendo de forma convincente à admissão da arbitragem quando utilizada por entes públicos. Assim esclarece Rufino ao reproduzir julgados das cortes nacionais:

“El Estado puede pactar la jurisdicción arbitral cuando actúa como simple persona jurídica que contrata como un ente de derecho privado (CSN, 18/3/31; 16/12/32; 16/8/37 – Fallos, 160-133, 167-109, 178-293; JA, 35-209, 40-299, 301, 59-365; LL, 7-31). No obstante disponer la Constitución Nacional que los Tribunales Nacionales tienen competencia para conocer y decidir en todos los asuntos en que la Nación es parte, ello no impide que ciertos asuntos sean sometidos a la jurisdicción arbitral cuando así se hubiere pactado en contratos de conformidad con leyes dictadas por el Congreso Nacional, o cuando la Nación hubiere obrado como persona jurídica (CSN, 26/9/56 – Fallos, 235-940; JA, 1956-IV-355; LL, 86-113)”¹²²

Da mesma forma, confirma Amadeo, ao assinalar o excerto de decisão judicial abaixo mencionado:

“El Gobierno nacional puede, autorizado por una ley, pactar válidamente la jurisdicción arbitral en los contratos que celebra” (CSJN, 4/11/1942, *Fallos*, 194:155)”¹²³.

2.2 ARBITRABILIDADE OBJETIVA EM DISPUTAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Mais uma vez, partindo-se da premissa disposta no CPCCNA, de que apenas são arbitráveis as matérias passíveis de serem transacionadas, buscamos o lastro jurídico que estabelece aquilo que pode ser objeto de transação¹²⁴. Vejamos o que diz a lei:

¹²² RUFINO, Marco A. *El Proceso Arbitral*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992. p. 45.

¹²³ AMADEO, José Luis. *Arbitraje según la jurisprudencia de la Corte*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005, p. 28.

¹²⁴ “El análisis de la *materia arbitrable* definirá la procedencia del *arbitraje* permitiendo la adopción de esa *técnica*, aun cuando el Estado sea parte con la consecuente prórroga de la jurisdicción de los tribunales judiciales. En estos tiempos se han superado los *Mitos* que impedían el juzgamiento de las cuestiones de derecho público y aun la de derecho privado por los Tribunales Arbitrales, locales o extranjeros, invocando

Artículo 737: CUESTIONES EXCLUIDAS. No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción.

Ainda que o alvo do presente estudo seja o direito administrativo, mais uma vez devemos nos socorrer do Código Civil para alcançar uma conclusão¹²⁵.

Percebe-se que, ao contrário do que ocorre com a arbitrabilidade subjetiva (capacidade para transacionar), o Código Civil não impõe restrições à transigibilidade relativa a direitos patrimoniais públicos. Mais ainda, seu artigo 849 estabelece que são transacionáveis todos os direitos, de qualquer espécie e natureza, que não sejam vedados pelo código civil.

Isso nos permitiria inferir, ao menos em princípio, que os contratos administrativos poderiam conter cláusulas arbitrais ou, ainda, suscitar a instauração de arbitragem por meio de compromisso posterior ao surgimento de um litígio. Afinal, para citar a lei (artigo 844 do Código Civil), os contratos administrativos podem, sem qualquer prejuízo ao interesse

normas de la Constitución del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, del Código Civil, o normas de 'orden público', cuestiones de servicios públicos, de derechos públicos o ejercicio de potestades soberanas que exigían la jurisdicción exclusiva de los tribunales judiciales argentinos. Coronando a esa superación de la legislación y la calificación de las actividades del Estado, aparece también en estos tiempos, el fenómeno de la desregulación de la economía despojando de la calificación de orden público a un sinnúmero de regulaciones y actividades que dejan de estar en manos del Estado por ejercerlas las privadas en forma concurrente con él, o en competencia con otros adjudicatarios de la privatización". (NAVARRINE, Susana Camila; ASOREY, Ruben O. *Arbitraje: Jurisdicción Arbitral en Controversias con el Estado. Proceso Arbitral en Cuestiones Tributarias*. Buenos Aires: La Ley, 1992, p. 50).

¹²⁵ Artículo 842. La acción civil sobre indemnización del daño causado por un delito puede ser objeto de las transacciones; pero no la acción para acusar y pedir el castigo de los delitos, sea por la parte ofendida, sea por el ministerio público. Artículo 843. No se puede transigir sobre cuestiones de validez o nulidad de matrimonio, a no ser que la transacción sea a favor del matrimonio. Artículo 844. Las cosas que están fuera del comercio, y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención, no pueden ser objeto de las transacciones. Artículo 845. No se puede transigir sobre contestaciones relativas a la patria potestad, o a la autoridad del marido, ni sobre el propio estado de familia, ni sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas, sea por filiación natural, sea por filiación legítima. Artículo 846. La transacción es permitida sobre intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona, aunque éste sea contestado, con tal que al mismo tiempo la transacción no verse sobre el estado de ella. Artículo 847. Si la transacción fuese simultánea sobre los intereses pecuniarios y sobre el estado de la persona, será de ningún valor, háyase dado un solo precio, o una sola cosa, o bien un precio y una cosa distinta por la renuncia del estado, y por el abandono de los derechos pecuniarios. Artículo 848. No puede haber transacción sobre los derechos eventuales a una sucesión, ni sobre la sucesión de una persona viva. Artículo 849. En todos los demás casos se puede transigir sobre toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estuviesen subordinados a una condición.

público, situar-se dentro da esfera comercial. São assim, por exemplo, os contratos celebrados por sociedades de economia mista, contratos de fornecimento, entre outros.

Ademais, já no âmbito do Direito Administrativo, faz-se, na Argentina, a distinção entre *ius imperi* e *ius gestionis*. Conforme Bielsa,

“el verdadero principio jurídico es, a juicio nuestro, el siguiente: tratándose de atribuciones que el Estado ejerce *jure imperii* (por derecho de autoridad) en el régimen de la concesión, ellas no pueden ser objeto de convención, ni de transacción y, por ende, tampoco de decisión arbitral. Pero cuando la cuestión se reduce, por ejemplo, a la determinación del monto de daños y perjuicios o la interpretación de cláusulas relativas a la naturaleza de ciertos hechos, o a providencias de carácter económico financiero (no fiscal, pues entre lo financiero y lo fiscal hay una diferencia evidente) entonces la decisión arbitral no es cuestionable”.¹²⁶

Em guarida ao entendimento do autor, a jurisprudência argentina reforça a inarbitrabilidade de causas estatais que versem sobre questões de império, soberania e poder de polícia, mas reitera a possibilidade de o Estado fazer uso da arbitragem quando este atuar de forma equiparada a uma pessoa jurídica de direito privado. Nesse sentido, esclarece-nos Caivano:

“La jurisprudencia ha hecho aplicación de estas reglas, interpretando, por ejemplo, respecto de las facultades del Estado para comprometer en árbitros, que ‘las cuestiones que afectan al Estado como poder público o las atribuciones de la soberanía no pueden ser sometidas a árbitros con prescindencia de los jueces’ (Corte Suprema de Justicia de la nación, 18/8/37, JA, 59-365); así como que ‘no pueden ser objeto de arbitraje los poderes de policía que ejerza la Administración para afianzar el orden, la seguridad, la moralidad o bienestar del pueblo, no obstante que de las modalidades adoptadas por la Administración puedan derivar efectos o consecuencias patrimoniales (Cámara Federal de Córdoba, Sala Civil y Comercial, 10/12/79, JA, 1980-IV-350).

Por el contrario, cuando el Estado actúa como persona jurídica que contrata como un ente de Derecho privado, puede válidamente pactar

¹²⁶ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, 6. ed. Buenos Aires: La Ley, t. II, 1964, p. 359.

la jurisdicción arbitral (Corte Suprema, 18/3/31, 16/12/32, 16/8/37, *Fallos*, 160:133, 167:109, y 178:293). En idéntico sentido, se tribunales nacionales tienen competencia para conocer y decidir en todos los asuntos en que la Nación es parte, ello no impide que ciertos asuntos sean sometidos a la jurisdicción arbitral cuando así se hubiese pactado en contratos de conformidad con las leyes dictadas por el Congreso Nacional, o cuando la Nación hubiere obrado como persona jurídica (Corte Suprema, 26/9/56, *Fallos*, 235:940) ”¹²⁷.

De maneira semelhante a Caivano, entende Pucci:

“En el derecho argentino se entiende que cuando el Estado actúa como persona de derecho privado, quiere decir, cuando el Estado negocia en un plano de igualdad con otro contratante, sin hacer uso de su poder soberano, y tratándose de cuestiones patrimoniales, no amparadas por las normas de policía del Estado, éste podrá pactar que sus conflictos sean resueltos por arbitraje.

Así, en el ámbito interno, nada impide que el Estado argentino (sea nacional, provincial o municipal) pueda someter sus pendencies a arbitraje”¹²⁸.

Tawil e Lima, remetendo-se ao entendimento majoritário da Corte Suprema argentina, reiteram que a jurisdição estatal estabelecida pela Constituição para o saneamento de disputas que envolvam a Administração não exclui a jurisdição arbitral. E assim esclarecem sob a perspectiva da arbitrabilidade objetiva e subjetiva:

“En líneas generales, el alto tribunal ha sostenido que nada obsta a que el Estado compromete en árbitros en aquellos casos en que actúa como persona jurídica, o cuando una ley así lo autorice. Por el contrario, el arbitraje se hallaría vedado en aquellas cuestiones que lo afecten como poder público o en las atribuciones de la soberanía”¹²⁹.

¹²⁷ CAIVANO, Roque J. Op. cit. p.132.

¹²⁸ PUCCI, Adriana N. Op. Cit. p. 62.

¹²⁹ TAWIL, Guido Santiago; LIMA, Ignacio J. Minorini. *El Estado y el Arbitraje: primera aproximación*. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 14, 2007, p. 125-126.

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Assim como no Brasil, o ordenamento argentino dispõe de uma lei que regulamenta as formas gerais de contratação pela Administração Pública. No caso desse país, trata-se do *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, sancionado pelo Decreto 1023/01, que se aplica a todos os entes centralizados ou descentralizados da Administração. Adicionalmente, para os propósitos do presente estudo, vale reforçar a vigência das seguintes leis, também relacionadas a contratos administrativos:

- (a) Decreto 436/00, *Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional*;
- (b) Lei 13.064/47, *Obra Pública*;
- (c) Lei 17.520/67, *Concesión de Obra Pública* e
- (d) Decreto 1299/00, *Participación Privada en el Desarrollo de Infraestructuras*.

Vejamos o que se entende por contratos administrativos segundo o ordenamento argentino. Nas palavras de García:

“Una tendencia minoritaria considera que todos los contratos celebrados en ejercicio de la función administrativa están sometidos al derecho privado, es decir, que no hay una categoría nueva de contratos, además de los contratos privados.

Pero una tendencia generalizada distingue dentro del total de los contratos celebrados en ejercicio de la función administrativa, los regidos por el derecho privado y los que se regulan por el derecho público y que, en consecuencia, merecen la denominación de *administrativos*”¹³⁰.

“En todo caso, si se desea continuar utilizando la expresión "contrato administrativo", que se lo haga entendiendo por tal a aquel que se encuentra regulado por el derecho administrativo en una medida importante (de modo similar a lo que ocurre con las denominadas

¹³⁰ GARCÍA, Jorge Sarmiento. *Concesión de Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p.97.

personas jurídicas "públicas"), lo que no excluye se encuentren sometidos de algún modo también al derecho privado”¹³¹.

De maneira complementar, Gordillo leciona:

“Es generalizado el punto de partida de que al hablar de contratos administrativos o contratos de la administración nos referimos como mínimo a contratos celebrados por una persona estatal: la administración nacional centralizada o descentralizada, pero no personas jurídicas no estatales, sean ellas públicas o privadas. Los contratos que celebran personas públicas no estatales y las personas privadas que ejercen funciones públicas no suelen ser incluidos en dicha categoría”¹³².

Nota-se, pelas descrições dos autores argentinos, que os contratos celebrados pela Administração podem ter tanto conteúdo de direito privado quanto administrativo, embora, sem dúvida, sejam sempre dotados de viés público, já que, entre outras razões, têm entre os signatários um ente da Administração.

Considerando-se que o Direito argentino confere à Administração Pública o poder de se valer da arbitragem para dirimir pendências, isto é, disputas provenientes de contratações públicas podem dotar-se de arbitrabilidade subjetiva, deve-se verificar em que hipóteses facultam-se a entes governamentais celebrar convenções arbitrais¹³³. Para tanto, é importante avaliar alguns dos principais tipos de contratos administrativos presentes no ordenamento argentino e seus respectivos regimes legais¹³⁴.

¹³¹ Idem, p. 103-104.

¹³² GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, t. 1, 7.ª ed., 2003, p. xi-3.

¹³³ “Puede también admitir al arbitraje, siendo él parte y no juez, en cuestiones de hecho o técnicas, no de derecho: hidrocarburos, los aspectos técnicos y económicos en materia de contratos administrativos, u otros temas conexos. No son demasiados, como se advierte. Las normas lo facultan, pero la realidad es adversa”. (GORDILLO, Agustín. Op. cit., p. XVII-13). Não estamos seguros quanto à interpretação do autor, especialmente, em vista da jurisprudência e da doutrina dominante que podemos comentar quando tratamos da arbitrabilidade objetiva. Parece-nos que ao Estado é franqueado o direito de seguir pela via arbitral, não só para discutir matérias de fato, mas também de direito. Somente não lhe seria permitido refrear seu poder de império ao crivo dos árbitros.

¹³⁴ “En general, los contratos administrativos nominados o especiales participan de los principios y reglas de la teoría general de los contratos administrativos, pero presentan rasgos de diferenciación jurídica. Estas características particulares resultan de las especificidades que los caracterizan y que constituyen su régimen especial” (DROMI, Roberto. Op. cit. p. 585).

No tocante às obras públicas, por exemplo, tem-se que estas podem ser móveis, imóveis ou imateriais, e são conceituadas no texto do artigo 1º da lei 13.064, de 28 de outubro de 1947, que assim define:

Considerase obra pública Nacional toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subsidios, que se regirán por ley especial, y las construcciones militares, que se regirán por la ley 12737 y su reglamentación y supletoriamente por las disposiciones de la presente.

As obras públicas podem ser já existentes, e constituir patrimônio da Administração, ou poderão ser projetadas para sua futura consecução. Se já existentes, podem ser tanto economicamente exploradas pela Administração como por privados, por meio da celebração de *contratos de concessão*. Se ainda não existentes, podem ser produzidas por privados, quando, para esse fim, os entes da Administração celebrarão com os particulares os contratos de *obra pública*.

Entre as características dos contratos de obra pública estão a bilateralidade (ente público e ente privado), a formalidade (acordo escrito), a comutatividade e onerosidade (prestações presumidamente equivalentes, sendo a realização da obra a contrapartida do pagamento)¹³⁵.

Levando em consideração as características dos contratos de obras públicas acima delineadas, especialmente, à luz da regulamentação argentina sobre a disponibilidade e transigibilidade de matérias envolvendo bens públicos, não enxergamos, *a priori*, motivos que nos faça pender para a inarbitrabilidade de disputas provenientes desse tipo contratual. Contudo, antes de atingirmos essa conclusão, parece-nos importante analisar a evolução do tema sob a perspectiva de seu desenvolvimento normativo.

¹³⁵ DROMI, Roberto. Op. Cit. p. 608

A lei 13.064, de 28 de outubro de 1947, em seu artigo 55, facultou às partes (Estado e privados) submeterem as controvérsias provenientes de contratos de obra pública à jurisdição arbitral. Mas assim o fez na aparente tentativa de lhes proporcionar uma maneira conveniente de resolução de litígios, enquanto não era sancionado um sistema contencioso-administrativo, competente para absorver as demandas geradas. Essa jurisdição extrajudicial tinha, portanto, caráter provisório, e mais se assemelhava a um processo administrativo que, propriamente, arbitral. Vejamos o que dizia a lei 13.604/47:

Art. 55. Todas las cuestiones a que de lugar la aplicación e interpretación de los contratos de obras públicas, derivadas de los mismos, deberán debatirse ante la jurisdicción contencioso administrativa, renunciando expresamente los contratistas a toda otra jurisdicción.

La exigencia de este artículo será voluntaria para el contratista hasta tanto no se dicte la ley que rija el trámite en lo contencioso administrativo. En caso de someterse el contratista al actual trámite podrá convenir con la autoridad administrativa un tribunal arbitral que decida en única instancia.

No entanto, mesmo depois da promulgação da lei 13.998, em 1950, e, notadamente, da lei 19.549, de 1972, que regulamenta os procedimentos administrativos, o sistema arbitral, até então vigente, não foi derogado (como deveria ter sido) e continuou a vigorar em caráter precário, um tanto que por inércia da Administração e do Legislativo. A propósito, é de se notar que o sistema arbitral previsto pela lei 13.064 fundava-se em normativas anteriores, lei 12.910, de 19 de maio de 1947 e decreto 11.511, de 21 de maio de 1947, prevendo este último a criação de uma Comissão Arbitral constituída por dois delegados do Poder Executivo e um representante das empresas construtoras.

Mais adiante, contudo, o decreto delegado 1349/01 dissolveu a Comissão que se havia transformado em Tribunal Arbitral de Obras Públicas, por força do Decreto 1496/91¹³⁶, sem, no entanto, vedar aos usuários o direito de se comprometer voluntariamente. Ademais, deve-se ressaltar que o Tribunal Arbitral de Obra foi

¹³⁶ O Decreto 1496/91 conferia ao então chamado Tribunal Arbitral de Obras Públicas o efetivo papel de organismo administrativo.

desconstituído não por uma incompatibilidade da arbitragem com os tipos de contratos por ele abordados, mas por uma conveniência administrativa, que, nos dizeres do preâmbulo do decreto, buscava “la simplificación de los procedimientos administrativos, adecuando el número de organismos administrativos, en tanto no se vulnere en modo alguno el derecho de defensa de los particulares y quede asegurada la eficacia en la gestión”.

Apesar da desconstituição do Tribunal Arbitral de Obras Públicas, que mais servia como ente administrativo que corte arbitral propriamente dita¹³⁷, a arbitragem vinculada a contratos administrativos não ficou desamparada, pois os critérios gerais de arbitrabilidade permaneceram úteis para ponderação dos operadores. Afinal, quando se trata de contratos administrativos, o que vale é a reflexão sobre o tipo de direito aplicável à relação estabelecida, e, a partir daí, maior convicção se permite alcançar quanto à adequação do emprego da arbitragem.

Nesse sentido, a título exemplificativo, são úteis as palavras de Dromi, que trazem maior discernimento acerca do regime jurídico incidente sobre as relações contratuais da Administração:

“Si los sujetos intervinientes en la relación son públicos no estatales¹³⁸ o al menos uno de ellos es un ente no estatal, el régimen jurídico experimentará algunas variantes. La regulación en principio debe ser predominante de Derecho público. Los actos que emiten pueden tener carácter administrativo, o revestir forma jurídica privada; lo mismo acontece con los contratos, que suelen ser interadministrativos; sus conflictos se dirimen por la vía judicial, y las reglas y principios del procedimiento administrativo que regulan la actividad administrativa les son aplicables analógica o supletoriamente¹³⁹”.

¹³⁷ “El Tribunal Arbitral de Obras Públicas de la Nación es un organismo administrativo dotado por la ley de facultades jurisdiccionales (CSJN, 27/12/2002, ‘Meller Comunicaciones SA c/Empresa Nacional de Telecomunicaciones’). (AMADEO, José Luis. Op. cit., p. 40).

¹³⁸ Maiores esclarecimentos sobre a distinção entre entes estatais e públicos serão feitos adiante, quando tratarmos dos contratos de Sociedade de Economia Mista e Empresas Públicas.

¹³⁹ DROMI, Roberto, Op. cit., p. 719

Adicionalmente, em corroboração à viabilidade da jurisdição extrajudicial para tratar de questões relativas à Administração, o novo decreto 1299/00, referente ao desenvolvimento de infraestrutura, assim veio estabelecer:

Art. 30. — El PODER EJECUTIVO NACIONAL y los poderes ejecutivos de las Jurisdicciones Adheridas, podrán prever en los pliegos de licitación el sometimiento de las eventuales controversias de índole patrimonial o técnica y/o de interpretación del Contrato con los Encargados de los Proyectos, sus garantes y financistas, que surjan con motivo de los Contratos, a tribunales arbitrales con dirimente imparcialmente designado, y para renunciar, en tales casos, a interponer la defensa de foro incompetente o no justiciabilidad frente a las acciones iniciadas ante tales tribunales respecto de dichas controversias. En tal caso el mecanismo de arbitraje y la forma de designación de los árbitros deberán establecerse en los respectivos pliegos licitatorios.

Note-se que, neste caso, os contratos administrativos celebrados sob a égide do decreto 1299/00 poderão gerar disputas arbitráveis subjetivamente, pois a norma outorga, de forma literal, a competência para os Poderes Executivos contratantes de convencionar pacto arbitral, e, igualmente, poderão gerar disputas arbitráveis objetivamente, pois o texto legal informa que questões de ordem patrimonial ou técnicas ou contratuais são passíveis de julgamento por arbitragem.

4. CONTRATO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E EMPRESA PÚBLICA

O ordenamento argentino traz uma estruturação complexa sobre as formas de organização do Estado, enquanto pessoa jurídica, para o exercício de funções administrativas ou de interveniência econômica. No que toca o regime jurídico aplicável a cada tipo de pessoa jurídica por que se reveste a Administração, tanto a Constituição Nacional quanto o Código Civil (artigo 33) tentam distinguir-lhes entre aquelas sujeitas ao direito privado e aquelas sujeitas ao direito público. Entretanto, a distinção feita nesses corpos legais não contempla a realidade das instituições, isto é, não são suficientes para classificar pontualmente as entidades como sendo de direito público ou privado, de modo que a doutrina passou a enumerar alguns critérios para buscar maior esclarecimento sobre

essa questão. Assim, para que se possa chegar a uma conclusão, são observadas características como: (a) meio de criação da pessoa jurídica, (b) patrimônio constituidor, (c) atividade, (d) jurisdição, (e) controle, (f) forma de contratação de funcionários, entre outras.

Retomando-se as palavras de Gordillo, quando este se refere às *personas jurídicas não-estatais públicas ou privadas*, afirma o autor que pessoas jurídicas podem ser públicas sem ser necessariamente estatais, mas todas as entidades estatais necessariamente são de direito público, ainda que sejam parcialmente reguladas pelo direito privado¹⁴⁰. Com efeito, o entendimento do autor parece ser acertado no que tange ao direito argentino, já que para ser considerada estatal a entidade deve contar com patrimônio majoritário da Administração. Assim esclarece Dromi:

“Los entes públicos dotados de personalidad jurídica propia pueden ser estatales o no estatales.

El criterio de diferenciación está dado por el capital o patrimonio. Si el patrimonio pertenece mayoritaria o íntegramente al Estado, el ente será estatal. Si, por el contrario, el capital o patrimonio es sólo privado o con participación estatal minoritaria, el ente se considera no estatal”¹⁴¹.

Como observa Cassagne, essa caracterização se faz necessária no direito argentino, pois o legislador abarcou entre as entidades públicas também aquelas se encontram fora do âmbito da Administração, ou seja, organismos públicos que não compõem nem Administração centralizada nem a descentralizada¹⁴², por exemplo, a Igreja Católica.

Dessa forma, partindo-se da categorização disposta no excerto extraído da obra de Dromi, acima, apenas para maior elucidação, destacamos a seguir os principais tipos de pessoas jurídicas estatais/públicas, para, em seguida, retomarmos a discussão sobre a compatibilidade da arbitragem com a natureza e atividade dessas classes societárias. Para

¹⁴⁰ GORDILLO, Augustín. Op. cit. p. XIV-6.

¹⁴¹ DROMI, Roberto, Op. cit., p. 725.

¹⁴² CASSAGNE, Ezequiel. *Sobre el concepto de sector público nacional contenido en la ley n° 24.156 (su aplicación a ciertos casos puntuales)*. Disponível em: <<http://www.cassagne.com.ar>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

esse fim, analisaremos os conceitos de (a) *Empresas do Estado*, (b) *Sociedades do Estado*, (c) *Sociedade Anônima com Participação Estatal Majoritária* e (d) *Sociedade de Economia Mista*, conforme segue:

- (a) As Empresas do Estado encontram definição na lei 13.653/49, que as estabelece como sendo entidades descentralizadas da administração nacional, que cumprem funções de ordem comercial, industrial ou de prestação de serviços públicos de caráter similar, sob o controle direto do Poder Executivo fundador.
- (b) As Sociedades do Estado são definidas pela lei 20.705/74 como sendo aquelas constituídas pelo Estado nacional, Estados provinciais, municípios, organismos estatais legalmente autorizados, excluía qualquer participação de capital privado, com o fim de desenvolver atividades de caráter industrial, comercial ou explorar serviços públicos. Ademais, são regidas sob as normas das sociedades anônimas, conquanto não conflitantes com a lei 20.705/74. Note-se que as principais diferenças entre este tipo de sociedade e as empresas do Estado estão em sua composição societária e na forma de administração. De fato, as empresas do Estado não se remetem às regras das sociedades anônimas, e sua administração é feita diretamente pelo Poder Executivo, ao passo que as deliberações das sociedades do Estado são tomadas em Assembleia de Acionistas, e a gestão é outorgada a funcionários da própria sociedade.
- (c) As *Sociedades Anônimas com Participação Estatal Majoritária* compreendem-se pelo disposto no artigo 308 da lei 19.550/72, como sendo sociedades anônimas que se constituem quando o Estado nacional, estados provinciais, municípios, organismos estatais legalmente autorizados, ou sociedades anônimas deste mesmo tipo sejam titulares, de forma individual ou conjunta, de ações que representem no mínimo cinquenta e um por cento do capital social e que seja suficiente para prevalecer nas assembleias ordinárias e extraordinárias.

(d) *As Sociedades de Economia Mista* encontram-se definidas no Decreto-lei 15.349/46, ratificado pela lei 12.962, como sendo as sociedades formadas pelo Estado nacional, províncias, municípios ou entidades administrativas autárquicas dentro de suas faculdades legais, e também por capital privado, para a exploração de serviços públicos (sendo neste caso uma entidade pública não-estatal) ou para exploração de atividades comerciais ou industriais (sendo neste caso uma entidade privada).

A despeito do plexo de titulações sobre os tipos jurídicos de intervenção econômica, para fins de aferição de arbitrabilidade, devemos, precipuamente, avaliar o regime jurídico a que se submetem esses entes da Administração. Para tanto, emprestamos da obra de Dromi a tabela comparativa abaixo¹⁴³, que, adaptada, não só ilustra com simplicidade as diferenças entre os tipos societários sob a perspectiva do regime jurídico aplicável, como também expõe claramente outras características úteis para os fins do presente estudo. Vejamos:

Características, condições e diferenças.	Empresas do Estado	Sociedades do Estado	Sociedade Anônima com Participação Estatal Majoritária	Sociedade de Economia Mista
Regime legal	Leis 13.653, 14.380 e 15.023	Lei 20.705 e 19.550	Lei 19.550	Decreto-lei 15.349 e lei 12.962
Regime jurídico preponderante	Misto	Direito Privado	Direito Privado	Misto
Bens	Integram o domínio público quando se prestam serviços públicos.	Podem integrar o domínio público quando se exploram serviços públicos.	Aporte estatal; domínio privado do Estado.	Aporte estatal; domínio privado do Estado, salvo se prestar serviço público.

¹⁴³ DROMI, Roberto, Op. cit., p. 758-759.

Controle Judicial	Processo administrativo e civil	Processo administrativo (serviço público) e civil (comercial)	Processo civil	Processo civil
Patrimônio	Estatal	Estatal	Misto	Misto
Atos e Contratos	Administrativos	Privados	Privados	Privados

Em vista do que se esmiuçou acima, entendemos que todos os tipos societários referidos na tabela são competentes para firmar pacto arbitral. Afinal, como esclarece Gordillo, essas entidades, como organizações descentralizadas que são, gozam de personalidade jurídica própria, de modo que podem atuar por si mesmos, firmando contratos e se submetendo a juízo, tanto na condição de demandados quanto na qualidade de demandantes¹⁴⁴.

Nesse tocante, Amadeo reforça o argumento acima esboçado, por meio da jurisprudência abaixo destacada:

Si bien el art. 100 de la C.N. establece la jurisdicción de la Corte Suprema para los juicios en que la Nación sea parte, no ha excluido la jurisdicción arbitral para aquellos en que proceda como persona jurídica privada, sin comprometer atributos de su soberanía. (CSJN, 16/8/1937, *Fallos*, 178:293).

Si bien con arreglo a lo dispuesto en el art. 100 de la C.N, corresponde a los tribunales nacionales conocer y decidir todos los casos en que la Nación es parte, ello no obsta al sometimiento de tales asuntos a la jurisdicción arbitral cuando así se haya pactado de acuerdo con las leyes especiales del Congreso, o cuando la Nación actuare como persona jurídica. (CSJN, 29/9/1956, *Fallos*, 235:940)”¹⁴⁵.

No entanto, seria necessário, ainda, a depender do mérito e da sociedade em questão, avaliar se, do ponto de vista da arbitrabilidade objetiva, as disputas que lhe sejam inerentes

¹⁴⁴ GORDILLO, Agustín. Op. cit. p. XIV-2.

¹⁴⁵ AMADEO, José Luis. Op. cit., p. 27 -28.

são ou não arbitráveis. Assim, intervindo na tabela acima destacada, incluiríamos as seguintes informações:

Características, condições e diferenças.	Empresas do Estado	Sociedades do Estado	Sociedade Anônima com Participação Estatal Majoritária	Sociedade de Economia Mista
Arbitrabilidade objetiva	Arbitrabilidade condicionada a matérias de direito privado	Arbitrabilidade condicionada a matérias de direito privado	Arbitrabilidade condicionada a matérias de direito privado	Arbitrabilidade condicionada a matérias de direito privado
Arbitrabilidade subjetiva	Arbitrável	Arbitrável	Arbitrável	Arbitrável

5. CARACTERÍSTICAS DAS ARBITRAGENS ENVOLVENDO O ESTADO

5.1. PUBLICIDADE

A publicidade é um dos princípios porque se regem os atos administrativos, conforme predica o direito argentino. Com efeito, esse princípio é de tal relevância que Gordillo chega a afirmar que o ato não pode ser considerado administrativo, enquanto este não se dispuser de forma pública e transparente aos administrados¹⁴⁶.

Nesse mesmo sentido, Dromi reitera o entendimento de Gordillo, ao dizer:

¹⁴⁶ “Acto administrativo es *aquél que produce efectos jurídicos inmediatos* y en que los efectos jurídicos no surgen en tanto que el acto no sea dado a publicidad, parécenos ser coherente considerar que el acto administrativo *productor de efectos jurídicos inmediatos* solo puede ser el acto administrativo *dado a publicidad*. En otros términos, el acto que no ha sido aun publicado, no produce efectos jurídicos inmediatos y por lo tanto *no es acto administrativo*”. (GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, t. 3, 6ª. ed., 2003, p. X-32).

“La transparencia y su derivada, la publicidad de los actos públicos, son valores predicados por la ética pública que deben imperar en todas las facetas y dimensiones de la gestión administrativa, estatal o no.

El actuar transparente de la Administración Pública, la diafanidad pública, debe regir para todos los procedimientos administrativos, tanto de preparación de la voluntad administrativa unilateral (actos) como de la voluntad administrativa bilateral (contratos)”¹⁴⁷.

Considerando o acima, tem-se que as arbitragens envolvendo a Administração Pública não devem ser geridas sob a égide da confidencialidade, mas devem ser abertas para a consulta dos administrados, de forma semelhante ao que se faz com os processos judiciais em que um ente público figura como parte.

Assim como ocorre nos demais países ora analisados, a confidencialidade atribuída ao instituto arbitral é uma mera qualidade ou vantagem das quais particulares podem usufruir, por ser a arbitragem um processo privado de solução de disputas. De fato, na arbitragem, os particulares litigantes podem estipular sobre as regras que regerão o procedimento, inclusive, estabelecendo critérios de sigilo sobre as informações arroladas na ação, uma vez que não se sujeitam a uma autoridade judicial, tampouco a normas processuais imperativas.

Quando um ente da Administração exerce um ato administrativo, a este deverá ser dada a devida publicidade, a menos que, por algum motivo de extrema exceção, se possa justificar a sua confidencialidade. Note-se, portanto, que o sigilo, neste caso, é considerado uma excepcionalidade¹⁴⁸. Valem, aqui, as ponderações de Arroyo:

Entre las ventajas comúnmente predicadas del arbitraje comercial internacional ocupa lugar preponderante la confidencialidad, la cual puede implicar, con algunas limitaciones y excepciones, no sólo la privacidad de las audiencias, de los debates del tribunal y del laudo,

¹⁴⁷ DROMI, Roberto, Op. cit., p. 227.

¹⁴⁸ “La publicidad, como principio del gobierno republicano, no ampara a las normas secretas. Su justificación únicamente es viable en puntuales supuestos de estado de necesidad, cuando de manera excepcionalísima e insubsanable por las normas vigentes, esté en peligro la existencia misma de la República la subsistencia de la comunidad internacional”. (Idem, p. 207).

sino hasta la ausencia total de noticias respecto a la realización de un arbitraje. No quedan dudas de que constituye la diferencia más marcada respecto del proceso judicial. Ahora bien, que se trate de un derecho de las partes o de una característica inherente al arbitraje ha sido materia de debate en la práctica arbitral. En particular, desde las decisiones de la High Court de Australia en el caso Esso y de la Supreme Court de Suecia en el caso Bulbank, parece que el viejo dogma de la confidencialidad como elemento consustancial del arbitraje ya no es tan sólido e indiscutible y que si las partes quieren asegurarse ese beneficio deben realizar una cuidadosa profilaxis del caso.

Aún así, tendrán que saber que la confidencialidad pactada no tendrá carácter absoluto, al menos en la medida en que la transparencia de la actividad del tribunal arbitral se identifique como un bien necesario de ser salvaguardado. Tales precauciones pueden no ser suficientes ni, en determinados casos, efectivas, cuando una de las partes en el arbitraje es el Estado, ya que la regla de la confidencialidad chocaría con la publicidad de los actos públicos. Es obvio que puede aducirse que cuando el Estado contrata con un particular ya no resultan aplicables los principios y las reglas que le afectan en tanto poder público. Sin embargo, la tendencia parece ir en sentido contrario”¹⁴⁹.

Por outro lado, e em consonância com as palavras e Arroyo, acima, se a Administração exerce atos privados, como aqueles praticados pelas sociedades do Estado, entende-se que o dever de publicidade poderia ser mitigado, na medida em que segredos de indústria de interesse estatal, por exemplo, poderiam ser expostos, levando a risco a atividade empresarial. Todavia, em razão da inviabilidade de se dissociar, de maneira absoluta, os atos praticados pela Administração entre privados e públicos, o procedimento deveria ainda assim ser aberto, mesmo que algumas informações de caráter corporativo pudessem ser mantidas restritas ao conhecimento dos árbitros e partes disputantes.

5.2. *EX AEQUO ET BONO*

A arbitragem regulada pela cláusula *ex aequo et bono* ganha o nome, na Argentina, de composição amigável, já que, para ordenamento desse país, a solução de disputas de tal natureza remete a um tipo procedimental diferente, cujo julgamento se dá antes por um

¹⁴⁹ ARROYO, Diego O. Fernández. Op. cit., p. 122-123.

compositor que por um árbitro propriamente dito. Isso porque, para o direito argentino, o árbitro deve se ater rigorosamente ao direito posto, enquanto que ao compositor compete julgar conforme o seu leal saber e entender, de modo a neutralizar a regra estrita.

Adicionalmente, ao contrário do que ocorre no Brasil e no Paraguai, tanto na Argentina quanto no Uruguai, a aplicabilidade da cláusula *ex aequo et bono* é encarada como regra, sendo a sua inobservância a exceção. Equivale dizer que quando as partes não tenham acordado se a arbitragem deverá ser de direito ou de equidade, esta última é que deverá prevalecer. Vejamos o que diz o CPCNA a esse respeito:

Artículo 766. Podrán someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que pueden ser objeto del juicio de árbitros. Si nada se hubiese estipulado en el compromiso acerca de si el arbitraje ha de ser de derecho o de amigables componedores, o si se hubiese autorizado a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se entenderá que es de amigables componedores.

Nesse sentido, esclarece-nos Pucci que o fundamento da interpretação apresentada acima se encontra no fato de as partes terem escolhido a via alternativa de solução de controvérsias, em lugar da via judicial comum¹⁵⁰. Essa escolha, na opinião da autora, corroborada pela doutrina de Palacio, contribui para afirmação de que as partes, ao se submeterem a um processo mais flexível que o da jurisdição estatal, buscam um tratamento diferenciado, isto é, “um algo a mais” do que aquilo que se permite aos juízes togados oferecer¹⁵¹.

Em confirmação à aplicação do texto legal, Robiolo assim destaca:

“Ante el silencio en la cláusula arbitral referente al procedimiento a aplicar, el Código remite a la amigable composición. Determina normas procesales comunes con el juicio arbitral y particulares en caso de equidad”¹⁵².

¹⁵⁰ PUCCI, Adriana N. Op. Cit. p. 137.

¹⁵¹ PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil: Procesos Arbitrales y Universales*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. v. 9, p. 23.

¹⁵² ROBILOLO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 169.

Igualmente, assim se depreende da jurisprudência levantada por Amadeo:

“No resultando de los términos del compromiso si se ha querido designar árbitros iuris o amigables componedores, debe presumirse que se designó a estos últimos. (CSJN, 26/9/1928, *Fallos*, 152:347)”¹⁵³.

Da mesma forma afirmam Fassi e Maurino, quando cuidam da questão relativa às dúvidas sobre a intenção das partes sobre a escolha pela arbitragem de direito ou de equidade no momento da celebração de convenção arbitral:

“Cuando de la cláusula compromisoria no resulte claramente la voluntad de las partes, y se suscite la duda de si han querido nombrar árbitros o amigables componedores, debe computarse, en primer término, la naturaleza de la cuestión que se someterá a la decisión arbitral. Si en ella predomina el aspecto jurídico, se entenderá que las partes han querido nombrar árbitros, y si son cuestiones predominantemente de hecho, que han preferido amigables componedores. Si la duda subsiste, se resolverá por el nombramiento de amigables componedores”¹⁵⁴.

Das palavras de Fassi e Maurino se detecta um importante fator, que é a necessidade de se examinar a natureza da matéria submetida ao procedimento arbitral ante a dúvida do julgamento por equidade ou por direito. Além disso, em nossa opinião, mais do que analisar se o conteúdo da disputa corresponde a matéria de fato ou de direito, seria também necessário avaliar quem são as partes contratantes da convenção arbitral, devendo esta avaliação até mesmo anteceder qualquer escrutínio preliminar, como o proposto pelos referidos autores.

Assim entendemos, pois, ao aferir a qualificação das partes signatárias da convenção arbitral, o julgador poderia, *prima facie*, descartar a composição amigável, se um dos polos da disputa fosse preenchido por um ente da Administração Pública. Afinal,

¹⁵³ AMADEO, José Luis. Op. cit., p. 33.

¹⁵⁴ FASSI, Santiago C.; MAURINO, Alberto L. (1971) *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás Normas Procesales Vigentes: Comentado, Anotado y Concordado*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. t.4., p. 1016.

ainda que se faculte a entes da Administração optar pela arbitragem em desfavor da jurisdição judicial, o fato é que, por comporem o quadro estatal, princípios fundamentais como o da observância da legalidade, devem ser respeitados, sob pena de se macular o regime democrático do país.

Com efeito, fraquear ao Estado o poder de participar de procedimento arbitral não implica dizer que ao Estado compete desconsiderar o que a lei lhe determina. Ao contrário, o princípio da legalidade é aquele que rege os atos administrativos, de modo que decisões judiciais ou extrajudiciais devem acatar o rigor da lei ou, melhor, do direito.

Cabe esclarecer que não estamos defendendo o formalismo jurídico puro, nem afirmando que os atos administrativos devem se restringir à rigidez da regra estritamente posta. Sem embargo, entendemos que nem o Estado, nem os árbitros ou juízes podem se furtar do dever de observar a juridicidade¹⁵⁵ que se lastreia tanto na aplicação de regras positivadas quanto na aplicação dos princípios gerais de direito, muitos dos quais previstos na Constituição Nacional¹⁵⁶.

¹⁵⁵ “Tan variada resulta, empero, la incidencia del principio de legalidad sobre el obrar estatal que innumerables han sido las obligaciones y consecuencias derivadas de él. Basta señalar, a mero título enunciativo, las siguientes vías utilizadas para garantizar el debido respeto de este principio: (a) el sometimiento de toda actividad estatal al ordenamiento jurídico (con especial sujeción a la Constitución y a las leyes formales) en virtud de cual toda afectación o limitación sustancial a los derechos de libertad y propiedad de los administrados debe ser impuesta por una norma de esa jerarquía legal; (b) el establecimiento de una jerarquía normativa (enunciada, por ejemplo, en nuestra ley suprema en su art. 31 y en la constitución norteamericana en su art. VI, inc. 2º) como consecuencia de la cual el obrar administrativo no puede contrariar disposiciones de rango superior, empezando por la Constitución; (c) la existencia de una prohibición dirigida a la Administración (consecuencia de la subordinación del proceso jurídico administrativo y del principio de jerarquía normativa) a fin de que ella no derogue normas superiores ni altere por vía singular lo establecido por ella a través de disposiciones generales dictadas con anterioridad; (d) la obligación de que la Administración actúe a efectos de poner fin a las situaciones ilícitas y satisfacer las necesidades lícitas de los integrantes de la comunidad; (e) el sometimiento de la actividad estatal al interés público, razón por la cual toda decisión administrativa debe ser el resultado de ‘un debido proceso de razonabilidad’; y (f) la exigencia de que toda violación a la legalidad sea rectificadora por la Administración o susceptible de ser impugnada ante quienes tienen a su cargo el ejercicio de la función materialmente jurisdiccional dada la primacía establecida constitucionalmente. Frente a tales exigencias, el obrar administrativo que lo infringe debe reputarse viciado en grado de nulidad o anulabilidad, dependiendo la sanción al acto de la gravedad del vicio. (TAWIL, Guido Santiago. *Administración y Justicia: Alcance del Control Judicial de la Actividad Administrativa*. Buenos Aires: Depalma, 1993, v.1. p. 44-45).

¹⁵⁶ SESIN, Domingo Juan. *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica: Nuevos Mecanismos de Control Judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Depalma, 2004, p. 26.

5.3. SEDE, IDIOMA E LEI APLICÁVEL

O CPCNA equipara as sentenças arbitrais estrangeiras às sentenças judiciais proferidas no exterior, sem conferir maior relevância à sede do procedimento, enquanto indicador da nacionalidade da sentença arbitral. Assim, como esclarece Caivano, para definir a nacionalidade do laudo, a Argentina parece adotar dois critérios de distinção: (i) local de prolação da sentença e (ii) lei processual aplicável à arbitragem. Vejamos o que diz o autor a esse respeito:

“En función del primer criterio, el elemento diferenciador es el lugar donde el laudo ha sido emitido, con relación al lugar donde se intenta ejecutar: un laudo es extranjero cuando ha sido dictado fuera del territorio del país donde se pretende su reconocimiento o ejecución. Por aplicación del segundo, una sentencia será nacional o extranjera únicamente por referencia a las normas procesales aplicables, con independencia del lugar donde el laudo se pronunció”¹⁵⁷.

Com efeito, nem CPCNA nem qualquer outra lei expressa com clareza qual critério é adotado pelo ordenamento argentino para definir a nacionalidade do laudo. No entanto, em vista da equiparação das sentenças arbitrais às judiciais, e, por ter o país assinado e ratificado as Convenções do Panamá e de Nova Iorque, pode-se entender que ambos os critérios são aplicáveis, já que, de acordo com o parágrafo 1º, artigo 1º, desta última convenção, tanto o critério territorial quanto o critério processual aplicam-se para estabelecer a nacionalidade da sentença arbitral. Vejamos o que diz o referido diploma internacional:

Art. 1º, §1º. A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução.

¹⁵⁷ CAIVANO, Roque J. Op. cit. p.322-323.

Adicionalmente, verifica-se que a legislação argentina não estipula exigências ao Estado, quando parte em disputa arbitral, quanto à eleição da sede (entendida esta como o local de prolação da sentença e regedora da lei processual) em convenção de arbitragem. Desse modo, pode-se interpretar que a Administração Pública, quando se submeter à arbitragem internacional, pode sujeitar-se a laudos proferidos além de suas fronteiras e que tenham sido geridos nos termos da lei processual estrangeira.

Entretanto, o CPCNA, de forma ampla, estabelece condições para a execução de laudos estrangeiros, estando entre elas, quando não houver reciprocidade imposta por convenções internacionais¹⁵⁸, aquelas dispostas nos artigos 517 e 519 BIS, das quais destacamos as seguintes: (a) a sentença arbitral não poderá afetar princípios de ordem pública do direito argentino e (b) as matérias que tenham sido alvo da convenção arbitral devem ser arbitráveis, nos termos do artigo 737 do CPCNA.

Diante das condições apresentadas acima, o Estado, quando submetido à arbitragem processada no exterior, acautela-se sobre a exequibilidade da sentença que venha a ser proferida. Afinal, ela somente poderá ser executada na Argentina se não desrespeitar a ordem pública deste país, e se observar fielmente os critérios de arbitrabilidade exigidos pelo CPCNA¹⁵⁹.

No tocante ao idioma, o ordenamento argentino também não parece fazer exigências, o que permitiria ao Estado executar sua defesa em procedimento arbitral por meio do uso de língua estrangeira, sem que isso afete a ordem pública nacional ou infrinja a legislação do país. Evidentemente, contudo, em caso de necessidade de homologação ou execução da sentença na Argentina, os documentos provenientes do procedimento deverão ser

¹⁵⁸ Em maior esclarecimento, Pucci: “En la Argentina, al equipararse el laudo arbitral a la sentencia extranjera, la ley manda aplicar los mismos dispositivos que estas últimas, estableciendo algunas exigencias a más para los laudos arbitrales (conf. Art. 519 bis del CPCyCN)). En primer lugar, deberá analizarse si existen convenciones internacionales firmadas con el país de donde proviene el laudo arbitral. Si existen, deberá seguirse lo dispuesto en dichos instrumentos legales. En caso de ausencia de convenciones, el código procesal establece los requisitos que debe contener el laudo arbitral extranjero para ser reconocido como título ejecutivo en el país. (PUCCI, Adriana Noemi. Op. cit., p. 218).

¹⁵⁹ A referida proteção baseada sob a égide do processo de homologação não abrange as decisões prolatadas no âmbito do CIRDI.

traduzidos por tradutor oficial, para que possam valer perante as autoridades judiciais responsáveis pelo processamento da ação. É o que diz a lei:

Art. 518. La ejecución de la sentencia dictada por UN (1) tribunal extranjero se pedirá ante el juez de primera instancia que corresponda, acompañando su testimonio legalizado y traducido y de las actuaciones que acrediten que ha quedado ejecutoriada y que se han cumplido los demás requisitos, si no resultaren de la sentencia misma. Para el trámite del exequátur se aplicarán las normas de los incidentes. Si se dispusiere la ejecución, se procederá en la forma establecida para las sentencias pronunciadas por tribunales argentinos (grifos nossos).

Com relação à lei aplicável ao mérito da disputa, tampouco se verificam em leis de cunho contratual administrativo limitações ao emprego de normas estrangeiras aos acordos celebrados pela Administração, o que nos permitiria inferir, de forma geral, pela prevalência da liberdade contratual nesse tocante¹⁶⁰.

Em vista da escassez de regulação administrativa sobre a aplicabilidade de lei em contratação pública internacional, cumpre-nos, ainda que ligeiramente, abrir espaço para uma breve ponderação sobre as normas internas desse país, que regulamentam essa matéria, mesmo que não seja objeto do presente trabalho debruçar-se sobre estudos de direito internacional privado e conflito de regras. Dessa forma, vejamos o que diz o Código Civil argentino sobre a questão:

Art. 14. Las leyes extranjeras no serán aplicables:

§ 1º. Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos o a la moral y buenos costumbres (...)

Art. 21. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

¹⁶⁰ A presente análise não aborda a aplicabilidade de lei estrangeira à luz de acordos e/ou tratados internacionais de investimentos.

Em vista do artigo de lei acima destacado, percebe-se que o Estado argentino não pode se submeter à lei estrangeira, ainda que em sede arbitral, quando a disputa de que vier a fazer parte trate de matéria de direito público. Entretanto, se a controvérsia atinente à Administração compreender matéria de direito privado, como é o caso, por exemplo, de acordos celebrados por Sociedades do Estado, Sociedades Anônimas com Participação Estatal Majoritária e Sociedades de Economia Mista, não haveria impedimento legal para que a lei estrangeira fosse eleita em detrimento da lei nacional interna, exceto se ela depuser contra a ordem pública do direito argentino¹⁶¹.

¹⁶¹ “En Argentina no hay inconveniente en que las partes elijan el derecho aplicable; ello enraíza en el principio de la autonomía de la voluntad; en los usos prácticas y costumbres consagrados por su habitual aceptación en la vida real; y en la ratificación de las convenciones internacionales que aceptan este principio. (...) Los árbitros deben aplicar las normas imperativas de la ley que las partes han elegido (la *lex contractus*), con la sola exigencia de que ellas no contraríen el orden público internacional; así, ejemplifica la doctrina, los árbitros no estarían obligados a aplicar una norma del país cuya ley rige el contrato que estableciera un *boycott* contra otro país fundado en razones de animosidad religiosa o racial; en otras palabras, el árbitro estaría obligado a aplicar las reglas de orden público estatal”. RIVERA, Julio Cesar. *Arbitraje comercial internacional: la cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto*. Disponível em: <http://www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Publicaciones/Rivera_Arbitraje-Internacional-ley-aplicable-fondo-del-asunto.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2012. Nesse mesmo sentido, Caivano: “Dentro de la amplitud con que, en general, se reconoce la autonomía de la voluntad de las partes, éstas pueden elegir como directamente aplicables las normas de un determinado Estado, escoger más de una legislación aplicable indicando diferentes ordenamientos jurídicos para regir diferentes aspectos de la relación jurídica, o aun remitirs a los principios y usos generales del comercio internacional o *lex mercatoria*”. (CAIVANO, Roque J. Op. cit. p. 65-66).

IV – PARAGUAI

1. ARBITRAGEM

O instituto da arbitragem é há muito conhecido, porém pouco utilizado pelos cidadãos e empresas paraguaias. Ele foi primeiramente regulamentado pelo *Código de Procedimiento Civil*, de 1883, e, posteriormente, pelo atual *Código Procesal Civil*, nascido da lei 1337, de 1988. Neste último, dedicava-se o Livro VI exclusivamente à arbitragem, cuja redação já mostrava relativo avanço técnico deste país em relação à legislação dos demais membros do MERCOSUL.

Mais adiante, a nova Constituição Nacional, de 1992, cuidou de integrar em definitivo o instituto arbitral em seu ordenamento pátrio, como se verifica em seu artigo 248:

Art. 248. Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso. En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas. Los que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados, quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la ley (grifos nossos).

Já em 24 de abril de 2002, após contínuos e diligentes esforços de reputados usuários dos mecanismos alternativos de solução de disputas, o Paraguai sancionou a Nova lei de Mediação e Arbitragem no. 1879, inspirada na lei Modelo da UNCITRAL, que derogou o *Código Procesal Civil*, passando a regulamentar, entre seus artigos 1º e 52, o sistema arbitral.

O artigo 3º, alínea (b) da nova lei traz a definição paraguaia de arbitragem:

A los efectos de la presente ley, se entenderá por (...) arbitraje a cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de administrarlo.

Como se vê, apesar de a lei referir-se ao excerto acima como uma definição de arbitragem, ele não traz em si a conceituação precisa do termo. Entretanto, a definição da expressão Tribunal Arbitral não nos deixa enganar sobre o que se compreende por arbitragem nesse país. Diz o artigo 3º, alínea (d) que o tribunal arbitral é aquele *integrado por árbitro o árbitros designados por las partes para decidir una controversia*.

E por mencionar a palavra *decidir*, a mais de se verificar a exequibilidade dos laudos em seu artigo 48¹⁶², é que se pode aferir a qualidade jurisdicional da arbitragem paraguaia. Assim também parece entender a doutrina, como se nota nas palavras de PAGANO:

La función que ejercen los jueces árbitros y arbitradores tiene naturaleza jurisdiccional. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico los mismos integran el Poder Judicial de la República.¹⁶³

As palavras do autor devem gerar alguma estranheza, quando ele afirma que, no Paraguai, a arbitragem integra o Poder Judicial da República. E, realmente, a estranheza não é sem razão, uma vez que a arbitragem é tida universalmente como meio heterocompositivo alternativo à via judicial.

¹⁶² Art. 48. (...) La resolución sobre el reconocimiento y ejecución del laudo no será objeto de recurso alguno. Si se dispusiese la ejecución del laudo solicitado, ésta se tramitará conforme a las disposiciones legales sobre ejecución de sentencias nacionales previstas en el Código Procesal Civil.

¹⁶³ PAGANO, Hernan Casco, Derecho Procesal Civil, Asuncion, 2ª. Ed, Litocolor, 2004, pp. 212-213.

2. ARBITRABILIDADE

2.1. ARBITRABILIDADE SUBJETIVA EM DISPUTAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De maneira geral, assim como a legislação uruguaia, a lei arbitral do Paraguai não estabelece critérios *ratione personae* evidentes para aferição da arbitrabilidade subjetiva. Com efeito, não há alusão à qualificação das pessoas que sejam habilitadas a arbitrar.

Ademais, até pouco tempo, o ordenamento paraguaio vedava a utilização da arbitragem pela Administração Pública, de forma peremptória. Caso esta viesse a empregá-la na solução de seus litígios, o procedimento poderia vir a ser anulado. Entretanto, novas normas passaram a vigorar a ponto de alterar esse quadro de forma diametral, com fulcro, especialmente, no artigo 248 da Constituição Nacional.

Nesse sentido, Rodríguez retoma em sua obra as principais leis que contribuíram para inverter a interpretação jurídica que, antes, se colocava contrária à utilização da arbitragem pela Administração Pública:

“En los últimos años se vino revirtiendo la situación a partir de diversos textos normativos. Ya hacia mediados de los años noventa, la *Carta Orgánica del Banco Central*, autorizó a esta entidad a someterse al “derecho o a tribunales arbitrales extranjeros” para determinados temas.

Pero no fue sino hasta comienzos de esta década cuando se dictaron tres leyes que contienen autorizaciones expresas para el arbitraje en la contratación pública: la ley nº 1618 de 2000, *de Concesión de Obras y Servicios Públicos*; la ley nº 1879 de 2002, *de Arbitraje y Mediación*; y la ley nº 2051 de 2003, *de Contrataciones Públicas*”¹⁶⁴.

De fato, a legislação paraguaia inova em relação a todas as demais, e de forma cristalina e eficaz, solapa quaisquer dúvidas sobre a competência da Administração Pública para celebrar convenção arbitral. A própria LPA, responsável por regulamentar mediação e

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. Op. cit. p.250.

arbitragem, no parágrafo único de seu artigo 2º, confere ao Estado e demais entes administrativos a capacidade/competência para se submeter a procedimentos arbitrais. Vejamos:

Art. 2º. (...) El Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado.

Como se nota, a redação da lei não deixa qualquer margem para dúvida. Trata-se de um diploma legal suficiente para dotar, legitimamente, a Administração Pública de poderes discricionários para optar entre a via judicial e a arbitral, na solução de conflitos relacionados a seus contratos regidos pelo direito privado.

A despeito do que se afirmou até agora e, sobretudo, da segurança trazida pela lei para critérios de arbitrabilidade subjetiva, esta ainda é vista com desconfiança por alguns doutrinadores, como Sevo. Conforme a autora, embora o legislador tenha sido bem intencionado, ele não se precaveu quanto à possibilidade do Estado insurgir-se contra arbitragens em que ele esteja envolvido, alegando, para tanto, sua incapacidade de se comprometer lastreada pela imunidade de soberania. Assim esclarece Sevo:

La solución legislativa contenida en el citado artículo de la Ley 1879 tampoco resuelve la tensión que podría presentarse entre esta ley y las leyes orgánicas de los distintos órganos del Estado o las empresas públicas, ya que a veces éstas establecen que todas las disputas serán dirimidas por los tribunales del Paraguay.

El problema que se plantea con el arbitraje entre el Estado y los particulares es justamente que a pesar de las cláusulas arbitrales contenidas en los contratos, tales como los contratos de concesión u otros, el Estado podría usar la objeción de que su ley orgánica le impide someterse al arbitraje o que esta incapacidad surge de su inmunidad soberana¹⁶⁵.

¹⁶⁵ SEVO, Jelena, La Ley de Arbitraje y UNCITRAL. In: RODRIGUEZ, José Antonio Moreno (coord.). *Arbitraje y Mediación*. Asunción: Intercontinental, 2003, pp. 396-397.

Essa não é, entretanto, a mesma interpretação que se dá à maior parte da doutrina estudada para a confecção deste trabalho. Na maioria das vezes, o que se percebeu foi uma avaliação positiva dos autores em relação à arbitrabilidade subjetiva em questões relacionadas à Administração Pública, e, em alguns momentos, encarada até com certa euforia, como é o caso de Lacroix:

“ya no cabe duda acerca de que serán arbitrables cuando el litigio sea entre el Estado, las municipalidades, los entes descentralizados etc., y *particulares, y siempre que el litigio verse sobre cuestiones surgidas de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado*. De manera que, cuando estos órganos actúan en el ámbito propio del Derecho Público, seguirán sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Viene así a resolverse una vieja controversia doctrinal que tenía su origen en la falta de disposiciones que definieran con claridad la cuestión de la arbitrabilidad de los actos públicos en la legislación interna, en la propia Ley Modelo y en las legislaciones más avanzadas, lo cual abonaba el debate jurídico con buenos argumentos por ambas partes. Este puede ser señalado como uno de los logros importantes de esta nueva ley”¹⁶⁶.

2.2. ARBITRABILIDADE OBJETIVA EM DISPUTAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os critérios *ratione materiae* de arbitrabilidade, segundo o ordenamento paraguaio, encontram-se consubstanciados no artigo 2º da lei 1879/022, e, assim como os ordenamentos uruguaios e argentinos, alude à transigibilidade das questões como requisito de arbitrabilidade objetiva. Assim determina a lei:

Art. 2º. Toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público.

¹⁶⁶ LACROIX, Carlos A. Filártiga. *Análisis comparativo de la Ley de Arbitraje y Mediación respecto de la Ley Modelo de Uncitral sobre Arbitraje Comercial*. In: RODRIGUEZ, José Antonio Moreno (coord.). *Arbitraje y Mediación* Asunción: Intercontinental, 2003, pp. 337.

Da redação do *caput* do artigo 2º da lei 1879/02, depreende-se que apenas as questões passíveis de serem transacionadas podem ser levadas à arbitragem, descartando-se também as disputas que já tenham sido sentenciadas e executadas, bem como as matérias que dependam da intervenção do Ministério Público.

Considerando-se que as controvérsias já pacificadas por meio de sentença definitiva, naturalmente e por princípio processual, não poderiam novamente passar por nova instrução e conhecimento, e que os assuntos atinentes ao Ministério Público remetem, a rigor, a questões de império, resta-nos avaliar o que se deve entender por objeto transacionável. Para tanto, buscamos maior compreensão sobre a figura da transação que, no ordenamento paraguaio, se encontra regulamentada no Código Civil. Vejamos o que diz a lei:

Artigo 1497. No puede transigirse sobre las relaciones de familia, o que se refieran a los poderes o estado derivados de ellas ni sobre derechos o cosas que no pueden ser objeto de los contratos, o que interesen al orden público o las buenas costumbres.

Como se nota, o Código Civil traz uma lista negativa de objetos que não podem ser transacionados, donde se conclui que todos os assuntos não apresentados no texto da lei são passíveis de transação¹⁶⁷. Nesse mesmo sentido se posiciona Barán:

“En síntesis, puede decirse que tratándose de derechos patrimoniales la regla es que todos pueden ser objeto de transacción, sean

¹⁶⁷ “En principio, todo derecho dentro del comercio puede ser objeto de transacción” (ALONSO, Ramón Silva, Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Paraguay, 7ª. Ed., Intercontinental, Asunción, 2003, p. 385.). No mesmo sentido, “El primer elemento de los sujetos contratantes es la capacidad para formalizar actos jurídicos, de modo que si no tuviesen capacidad las partes, no podrían concertar ningún contrato. El objeto del contrato debe versar sobre cuestiones litigiosas o controvertidas. No se puede transar sobre relaciones de familia, cuando es demandado por acción de filiación natural una persona y el actor obtiene el reconocimiento por el pago de un millón de guaríes o sobre cosas o de hecho que no son objeto del contrato o estén fuera del comercio. Por ejemplo, si yo le dono un riñón a mi acreedor a condición de que se extinga la deuda, no será objeto de transacción (PANGRAZIO, Miguel Angel. Código Civil Paraguay Comentado. Asunción: Intercontinental, 5ª. Ed., tomo III, 2002, p. 691).

personales, reales o intelectuales. El Código señala que incluso “pueden ser transigidos los litigios sobre derechos patrimoniales subordinados al estado de las personas” (art. 1497, segunda parte), siempre que la transacción no comprometa el estado mismo. En efecto, el estado de una persona es innegociable; ahora bien, un interés puramente pecuniario subordinado al estado de una persona puede ser objeto de una transacción, pero sin afectar al estado mismo.

Temos em conta que as palavras do autor se referem ao estado da pessoa física, mas, se transportada essa visão ao funcionamento da Administração Pública, seria possível admitir que esta estaria proibida de se subjugar à transação se os direitos em jogo interessassem à ordem pública ou ao interesse público. Contudo, pergunta-se se os assuntos estatais de gênero meramente pecuniários, estes sim, tal como aqueles próprios da pessoa, compatibilizar-se-iam com a transação.

A resposta à pergunta acima não é simples, quando se trata de Direito Administrativo paraguaio, já que nem a doutrina, nem a jurisprudência desse país parecem ter um posicionamento definitivo a respeito. Embora Plate¹⁶⁸ e Maffiodo tenham se empenhado em distinguir os contratos celebrados pela Administración entre aqueles regidos pelo direito privado e aqueles regidos pelo derecho público, o fato é que outros autores como, Candia, Sevo, Cortés, Livieres e Resnik mostram-se mais conservadores, ao postular que os acordos firmados pelo Estado sempre terão em essência o derecho público.

Nesse sentido, pode-se perceber o conflito de interpretações sobre o regime jurídico aplicável aos contratos da Administración nas palavras de Sevo:

¹⁶⁸ “Se alega que uno de los factores que diferencia a los contratos de Derecho Privado de los de Derecho Público es la finalidad del interés público perseguido por este último. Me atrevo a objetar esta posición, que no tiene sustento para la lógica jurídica, pues todos los contratos de la administración, ya sean públicos o privados, tienen como única finalidad el interés público. Si un ministro, el viceministro, el Intendente Municipal de Asunción o un director de una empresa pública, suscriben un contrato, no lo hacen en interés privado, para satisfacer una necesidad personal, sino para el interés público, acorde con los cometidos propios del Estado. Si un funcionario formaliza un contrato de adquisición de un inmueble o de locación, regido por normas del Derecho Civil, Derecho Privado, no realiza para el interés privado o particular, sino para cumplir mediata o inmediatamente un fin público. Si fuera para el interés privado de la autoridad, sería un delito, lo que acarrearía la consiguiente responsabilidad del funcionario. Los contratos de Derecho Privado de la Administración persiguen un interés público en forma mediata y los del Derecho Público, en forma inmediata. De ahí es que este factor a que tanto se ha aludido, como diferenciador determinante de uno u otro contrato, se disipa por la ausencia de una fundamentación sólida y lógica”. (PLATE, Luis Enrique Chase. *Los Contratos Públicos*. Asunción: Intercontinental, 1998, p. 37-38).

“Existe literatura abundante y controvertida sobre la definición de los actos y contratos de la administración pública regidos por el derecho privado y no necesariamente por el derecho administrativo. En ciertos contratos, como en el caso de un contrato de concesión, puede darse la situación de que en la conclusión del mismo existan tanto elementos pertenecientes al derecho privado como al derecho administrativo”¹⁶⁹.

Por esse motivo, no tocante à arbitrabilidade objetiva, Cortés, Livieres e Resnik, preocupam-se com a redação do artigo 248 da Constituição Nacional, que alude a decisões arbitrais de âmbito privado somente, sem fazer qualquer referência a arbitragens de direito público. Assim, como Candia¹⁷⁰, os autores fazem uma interpretação limitativa da carta magna, afirmando que, enquanto não se modificar o texto constitucional, a lei arbitral não será suficiente para legitimar o emprego da arbitragem pelos entes administrativos:

“El texto constitucional es bien claro. El arbitraje es válido siempre y cuando se limite al derecho privado. So color de una *modalidad de la ley* no se puede desvirtuar la esencia del concepto de derecho privado, aplicable única y exclusivamente a los particulares.

Si el Estado, un ente público o una Municipalidad es parte en una relación jurídica, nunca esa relación estará regida única y exclusivamente por el derecho privado.

Como se sabe, todas las leyes que crean entes descentralizados, autárquicos, empresas públicas, o que regulan el accionar del Estado o municipalidades, son de orden público, por lo que estamos frente al derecho público.

En el ejemplo concreto de un contrato de locación, que es un típico contrato regulado por el derecho privado, si es celebrado por un ente público, no estamos frente a una relación jurídica de derecho privado, sino en el mejor de los casos, de naturaleza mixta, en que intervienen necesariamente normas de derecho público y privado. (...)

¹⁶⁹ SEVO, Jelena. Op. cit. P. 396.

¹⁷⁰ “La tutela judicial en los conflictos que se guardan relación con la utilización de los recursos patrimoniales del Estado, es competencia del Tribunal de Cuentas, por medio del ejercicio de la acción contencioso administrativa. La determinación del resarcimiento de daños a la Administración Pública por la mala administración de los bienes por parte de los funcionarios públicos encargados de la administración de los bienes públicos es competencia de los Juzgados en lo Civil y la responsabilidad penal por la justicia penal”. (CANDIA, Manuel Dejesús Ramírez. *Derecho Administrativo*. Asunción: Litocolor, 2. ed., 2009, p. 389).

Por ello, para que jueces árbitros o arbitradores tengan competencia para entender y decir en una controversia en que sean parte el Estado, las Municipalidades o las entidades públicas, es necesaria una modificación del Artículo 248 de la Constitución nacional, que limita el arbitraje al *ámbito del derecho privado*”¹⁷¹.

Em que pese a preocupação dos autores acima, vale citar a lei 2051/03, responsável por reger as contratações públicas, especialmente, o seu artigo 9º, que estabelece o regime de resolução de controvérsias:

Las controversias suscitadas con motivo de la interpretación, aplicación o validez de los contratos celebrados con arreglo a esta ley, podrán ser resueltas por arbitraje conforme a las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación; a tal efecto, en cada caso particular deberá determinarse previamente la arbitrabilidad de la materia y la capacidad de las partes para someterse al arbitraje, debiendo constar el compromiso en una cláusula compromisoria inserta en el contrato o en un convenio independiente. Asumido el compromiso de una u otra forma, será obligatorio para las partes (grifos nossos).

Parece-nos que o dispositivo destacado acima deveria trazer algum conforto à inquietação de Cortés, Livieres e Resnik, uma vez que ele expressa a necessidade de se pré-avaliar a arbitrabilidade da disputa, sob a perspectiva subjetiva e objetiva, antes de se seguir adiante com o procedimento arbitral.

De fato, é justamente esse o entendimento que se dá às melhores práticas da arbitragem, quando se permite ao árbitro julgar sobre sua própria competência. Assim, se o árbitro verificar que a questão em disputa entre um particular e a Administração não envolve direitos privados ou disponíveis, então ele deverá rejeitar a causa, ao passo que se o árbitro entender que a disputa se refere a questões de direitos privados ou patrimoniais disponíveis, ele poderá aceitar a investidura e seguir com a arbitragem.

¹⁷¹ CORTÉS, Miguel; LIVIERES, Eduardo; RESNIK, Gabriela, coord.; AMARO, Damián, dir.; GUGGIARI, Lorenzo N. Livieres. *Ley no. 1.879/02 de Arbitraje y Mediación*. Asunción: CEPPO, 2002, pp. 7-8.

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A dúvida sobre o grau de aplicabilidade do direito privado em contratos celebrados pela Administração Pública parece perpetuar-se entre os doutrinadores paraguaios. Mesmo nos parecendo que a opinião de Maffiodo e Plates seja a mais acertada, isto é, que contratos firmados por entes estatais podem tanto pender para o regimento público quanto para o privado, a depender das circunstâncias sobre as quais ele vem a ser firmado, o fato é que a incerteza parece pairar no ordenamento desse país. Vejamos o que diz Villamil:

“Los contratos celebrados por la Administración tienen gran amplitud; por eso, cuando se habla de los contratos de la Administración, deben distinguirse los contratos administrativos propiamente dichos de los contratos de derecho privado concluidos por ésta. La clara distinción entre ambos tipos de contrato se hace cada vez más necesaria. Hoy día, la doctrina uniforme de los administrativistas más autorizados se orienta hacia esta discriminación conceptual. Pero, a poco de ahondar en la naturaleza y características de los contratos administrativos, tropezamos con una serie de problemas referentes a su ubicación metodológica. De primera intención, se trata de situarlos dentro del cuadro de los contratos de derecho privado. Otros, por su parte, niegan la existencia misma de tales contratos considerándolos simples actos unilaterales del derecho público”¹⁷².

Se vier a prevalecer o entendimento de autores como Maffiodo e Plates, e, por conseguinte, a arbitragem envolvendo entes públicos vier efetivamente a ser admitida pelo ordenamento paraguaio, fica claro que, assim como no Brasil, os árbitros não terão direito de exercer controle jurisdicional sobre os atos de império da Administração. Isso porque, considerando a jurisdição arbitral como paritária à jurisdição ordinária estatal, tem-se que ambas seriam competentes para apreciar matérias regidas pelo direito privado. Entretanto, a competência para apreciação de atos administrativos, com força de polícia, é exclusiva do Tribunal de Contas. Assim explica Candia:

“En nuestro país el órgano jurisdiccional competente para ejercer el control de la regularidad de los actos administrativos es el Tribunal de Cuentas en sus dos Salas, que de esta forma se constituye en un fuero más dentro de la estructura organizativa del Poder Judicial con

¹⁷² VILLAMIL, Manuel Peña. *Derecho Administrativo*. Assunção: Litocolor, t. 3, 1997, p. 351.

competencia material en la revisión de los actos administrativos dictados por los órganos administrativos”¹⁷³.

Nesse mesmo sentido, Maffiodo:

“Todos los contratos celebrados por la Administración como persona jurídica – y no hay otros – se rigen por el Derecho común y los actos administrativos que interfieren en ellos, por el Derecho administrativo, La jurisdicción competente es por tanto, la ordinaria para las cuestiones propias del contrato y la contencioso-administrativa para revisión judicial de los actos administrativos”¹⁷⁴.

Considerando-se as palavras dos doutrinadores acima, parece-nos acertado o entendimento de que, como regra geral, os contratos da Administração são influenciados por ambos os direitos público e privado, e que, também como regra geral, as controvérsias afeitas ao direito comum devem ser submetidas à jurisdição ordinária, enquanto as disputas afeitas ao direito público ficam restringidas à jurisdição do Tribunal de Contas paraguaio.

Entretanto, a lei 779/95, que regulamenta a exploração das fontes de hidrocarbonetos, tidos como bens de domínio do Estado, de certa forma, parece desafiar a regra geral e alocar de maneira exclusiva todas as disputas decorrentes dos contratos de concessão de jazidas à jurisdição ordinária, sem se preocupar com a possibilidade dessas controvérsias sofrerem reflexos de matérias próprias do direito público¹⁷⁵. Mais que isso, a referida normativa não só parece excluir o contencioso-administrativo, como também oferece a arbitragem como jurisdição alternativa ao judiciário. Vejamos:

Artículo 5º - Todos los permisos y las concesiones otorgadas en virtud de esta Ley, estarán sujetos sin restricciones, a las leyes de la República. La solicitud de permiso o concesión implica la renuncia a toda intervención y reclamación diplomática.

¹⁷³ CANDIA, Manuel Dejesús Ramírez. Op. cit. p. 671.

¹⁷⁴ MAFFIODO, Salvador Villagra. *Principios de Derecho Administrativo*. Assunção: Servilibro, 3. ed. 2009, p. 270.

¹⁷⁵ A lei 779/95 somente outorga competência ao Tribunal de Contas para tratar de matérias de nulidade ou caducidade das concessões (artigo 65).

Las diferencias que surjan en la ejecución, cumplimiento, y en general toda controversia, relacionados con los permisos o los contratos de concesión y todo lo relativo a actividades reguladas por esta Ley, serán sometidas a los tribunales ordinarios de la República del Paraguay, o al arbitraje nacional o internacional conforme a lo que se establezca en el contrato de concesión.

Similarmente, o artigo 88¹⁷⁶ da lei 2.051/03 também parece ampliar o escopo da arbitralidade a todas as disputas oriundas de contratações públicas reguladas por essa mesma norma, ainda que, como condição, exija que sejam observados os requisitos de seu artigo 9º¹⁷⁷, o qual, prudentemente, estabelece o dever de se analisar a arbitralidade da disputa, antes de se prosseguir com o procedimento.

Adicionalmente, vale mencionar a lei 1618/00, que traz um capítulo exclusivo para dispor da conciliação e arbitragem envolvendo disputas relacionadas a contratos relativos a concessões de obras e serviços públicos. Como dito, a referida lei, mais que a arbitragem, regulamenta a conciliação para contratos públicos, que, por natureza, implica processo de transação, o que fortalece o argumento de que a Administração Pública goza de direitos transacionáveis e tem competência para transacionar.

Ademais, faz-se necessário destacar o Decreto 21909/03, que regulamenta a lei 2.051/93, uma vez que aquele vem expressamente incrementar o escopo das arbitragens envolvendo contratações públicas. Assim é, por exemplo, que o artigo 83 do referido Decreto, determina que as disputas relacionadas aos itens mencionados no artigo 56 da lei 2.051/93 poderão ser objeto de arbitragem, nos termos da LPA.

¹⁷⁶ Art. 88. Arbitraje. Sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 9º de esta ley, las partes quedan facultadas para someter a arbitraje cualquier diferencia que surja durante la ejecución de los contratos regulados por esta ley. En el reglamento se fijarán los términos y condiciones bajo los cuales las partes podrán pactar las cláusulas compromisorias que mejor convengan a sus intereses o, incluso, estipularlas en convenio por separado.

¹⁷⁷ Art. 9º. Las controversias suscitadas con motivo de la interpretación, aplicación o validez de los contratos celebrados con arreglo a esta ley, podrán ser resueltas por arbitraje conforme a las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación; a tal efecto, en cada caso particular deberá determinarse previamente la arbitralidad de la materia y la capacidad de las partes para someterse al arbitraje, debiendo constar el compromiso en una cláusula compromisoria inserta en el contrato o en un convenio independiente. Asumido el compromiso de una u otra forma, será obligatorio para las partes

Note-se que o Decreto 21909/03, de fato, serve para incrementar e não delimitar a abrangência da arbitragem referenciada pela lei 2.501/93, já que o uso da palavra “poderão” sem maiores restrições, apenas oferece faculdade aos agentes, sem lhes impor outras vedações de matéria. Vejamos:

Art. 83. (...) Las controversias que se susciten entre las Contratantes y los Proveedores y Contratistas con motivo de la interpretación o aplicación de los derechos de éstos contemplados en el artículo 56 de la Ley podrán ser resueltas por los procedimientos de avenimiento o arbitraje regulados en el Título Octavo de la Ley nº 1.879/02 de Arbitraje y Mediación.

Para melhor elucidação, avaliemos o que dispõe o artigo 56 da lei 2.501/93:

Art. 56. Los proveedores y contratistas tendrán los siguientes derechos:

- a) a la plena ejecución de lo pactado, salvo los supuestos de rescisión, resolución y modificación unilateral establecidos en esta ley, en su reglamento y en las bases;
- b) al reajuste de precios, para compensar las variaciones sustanciales sufridas en la estructura de costos de los contratos, en los términos que fije la ley, el reglamento y el pliego de bases; y,
- c) a que se le reconozcan intereses financieros, en caso de que las contratantes incurran en mora en el pago. Si la mora fuera superior a sesenta días, el proveedor o contratista tendrá derecho a solicitar de la Contratante la suspensión del contrato, por motivos que no le serán imputables.

É de se notar o previsto na alínea “a” do artigo 56 acima destacado, que inclui entre os direitos dos contratantes a garantia de se verem plenamente atendidos na execução dos termos contratados, exceto em matéria de rescisão, resolução ou modificação unilateral, que, de fato, remetem a prerrogativas exorbitantes do Estado. Da mesma forma, é de se entender que questões de mérito relacionadas a esses assuntos de exorbitância tampouco poderão ser alvo de arbitragem, já que extrapolam o eixo do direito civil para dizer respeito apenas a matéria de interesse público.

Por fim, tratamos do que julgamos ser um equívoco do órgão decretador, responsável pela redação do Decreto 21909/03, quando este, em seu artigo 125, remete ao

Código Procesal Civil, para establecer limitaciones de arbitrabilidad aos contratos celebrados pela Administração Pública. Vejamos o que diz o Decreto:

Art. 125. El arbitraje procede sólo en caso de haberse pactado en el contrato suscripto entre las partes con las limitaciones establecidas en el Art. 774 del Código Procesal Civil. En caso de haberse pactado el arbitraje dentro del Contrato o en Anexo al mismo, se deberán establecer la forma y métodos de designación de los Árbitros y sus suplentes y la aplicación de las leyes y normativas vigentes en la República para la decisión del Tribunal Arbitral o Árbitro único que designen las partes conforme al número de Árbitros convenido en la cláusula compromisoria o Anexo. Estas disposiciones no serán aplicables a aquellos casos regidos por Convenios o tratados Internacionales.

Com efeito, a imprecisão do Decreto se dá pelo fato de as disposições do *Código Procesal Civil* concernentes à arbitragem terem sido derogadas pela lei 1879/02, como se depreende de seu artigo 69¹⁷⁸. Ademais, a hipotética validade do dispositivo decretado ensejaria uma contradição teratológica, pois, se de fato ele viesse a valer, nenhuma arbitragem decorrente de contratação pública gozaria de lastro jurídico, uma vez que o revogado artigo 774¹⁷⁹ do CPCP excluía do eixo de arbitrabilidade as questões envolvendo bens do Estado e das municipalidades.

4. CONTRATO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E EMPRESA PÚBLICA

Assim como nos demais países em análise, o Paraguai também intervém na economia nacional por meio da manutenção de empresas públicas (de capital e controle exclusivamente público) e de sociedades de economia mista (compostas por capital estatal e

¹⁷⁸ Art. 69. Derogación de disposiciones legales. Quedan derogadas las siguientes disposiciones legales: (1) Artículos 774 a 835 del Libro V “Del Proceso Arbitral” de la Ley n° 1337 del 4 de noviembre de 1988 “Código Procesal Civil”. (2) Artículo 536 de Ley n° 1337 del 4 de noviembre de 1988 “Código Procesal Civil” (3) En general, todas aquellas disposiciones legales o reglamentarias que se opongan a la presente ley.

¹⁷⁹ Art.774. Objeto del arbitraje. Toda cuestión, de contenido patrimonial, podrá ser sometida a arbitraje antes o después de deducida en juicio ante la justicia ordinaria, cualquiera fuese el estado de éste, siempre que no hubiese recaído sentencia definitiva firme. No podrán serlo, bajo pena de nulidad: (a) las cuestiones que versaren sobre el estado civil y capacidad de las personas; (b) las referentes a bienes del Estado o de las Municipalidades; (c) aquéllas en las cuales se requiera intervención del Ministerio Público; (d) las que tengan por objeto la validez o nulidad de disposiciones de última voluntad; y (e) en general, las que no puedan ser materia de transacción.

privado). E assim o faz em vista do modelo de *Economia Social de Mercado* adotado em sua Constituição, que busca, por meio da intervenção administrativa em setores econômicos estratégicos, promover o desenvolvimento social.

Candia entende que a existência de empresas públicas e sociedades de economia mista se justifica para assegurar o bem-estar coletivo, e, sobretudo, pelos seguintes motivos: (a) insuficiência do mercado para prover bens para o desenvolvimento pleno da sociedade, (b) promoção da distribuição equitativa de determinados bens ou serviços e (c) para consecução de finalidades políticas específicas e luta contra ciclos econômicos negativos¹⁸⁰.

Para melhor esclarecimento, devemos analisar o que se entende no âmbito do Direito paraguaio, por empresas públicas e sociedade de economia mista. De acordo com Villamil, esses tipos societários, respectivamente, assim se conceituam:

“La empresa pública es un ente jurídico descentralizado con personería jurídica regulado por el Derecho Administrativo. No obstante tener el carácter de persona pública, la actividad derivada de su objetivo principal está regida por el derecho privado. (...)”

Empresa de economía mixta – Con este nombre se individualiza a las entidades o corporaciones donde participan como asociados el capital público con el privado. La empresa de capital mixto es una persona jurídica cuya estructura se rige por el derecho público principalmente, aunque su actividad se desarrolla de conformidad con las normas del derecho privado”¹⁸¹.

Apesar de poderem exercer atividades econômicas com escopo de mercancia, as empresas públicas e sociedades de economia mista devem tanto ajustar-se ao direito administrativo quanto ao privado, principalmente, em vista do que dispuser a lei orgânica que as tiver criado. Entretanto, são raras as vezes em que a lei constituidora da empresa predetermina o regime jurídico ao qual esta deverá se sujeitar, e, nesses casos, devem-se observar os motivos para os quais a sociedade foi criada. Nesse sentido, parece-nos

¹⁸⁰ CANDIA, Manuel Dejesús Ramírez. Op. cit. p. 346.

¹⁸¹ VILLAMIL, Manuel Peña. Op. cit. p. 111-112.

conveniente avaliar como essas pessoas jurídicas podem conduzir seus negócios aos olhos de Maffiodo:

- a) “La empresa pública puede disponer libremente de sus bienes comprendidos en el giro de sus negocios; pero si no están claramente comprendidos en dicho giro su disposición está sujeta al procedimiento de la licitación pública, impuesta por la Ley de Contrataciones Públicas.
- b) Los precios de sus productos y servicios se rigen por el Derecho privado y competen a la jurisdicción ordinaria, pero si son impuestos en virtud de la ley o son exigidos por servicios bajo monopolio, son tributos regidos por el Derecho público y la jurisdicción competente es la jurisdicción contencioso-administrativo”¹⁸².

Dessa forma, seria possível interpretar que as empresas públicas e sociedades de economia mista ficam sujeitas, caso a caso, ao direito administrativo ou privado. Assim, em certas circunstâncias, se aplicável o direito privado, a empresa poderia resolver suas disputas por meio da jurisdição ordinária ou, por substituição imediata, por meio da jurisdição extrajudicial. Afinal, como informam Cortés, Livieres e Resnik, em reprodução dos ditames constitucionais, “el arbitraje es válido siempre y cuando se limite al derecho privado”¹⁸³.

Em que pese concordarmos com o entendimento esboçado acima, ressaltamos a inteligência de Maffiodo no que se refere à submissão absoluta das sociedades de economia mista ao direito administrativo. Se de fato lograr o entendimento do autor, que destacamos abaixo, teríamos que esse tipo de sociedade não estaria legalmente habilitado para socorrer-se da arbitragem. Vejamos o que diz o doutrinador:

“Una particularidad de la empresa mixta consiste en que, perteneciendo parte de su capital y demás bienes a particulares, están sin embargo sometidos en su totalidad al régimen de los bienes y fondos públicos, por la sencilla razón de que no puede separarse la parte privada de la pública. (...)”

¹⁸² MAFFIODO, Salvador Villagra. Op. cit. p. 179-180.

¹⁸³ CORTÉS, Miguel, LIVIERES, Eduardo, RESNIK, Gabriela, coord. AMARO, Damián, dir., GUGGIARI, Lorenzo N. Livieres. Op.cit., p. 351.

Por último, si la empresa mixta goza de monopolio u otros privilegios estatales, como es frecuente, los empresarios particulares obtienen su asociación con el Estado ventajas extraordinarias que riñen con el principio constitucional de igualdad de los habitantes”¹⁸⁴.

5. CARACTERÍSTICAS DAS ARBITRAGENS ENVOLVENDO O ESTADO

5.1. PUBLICIDADE

Convergiendo com os demais ordenamentos analisados, a lei de arbitragem do Paraguai não prevê a confidencialidade como uma das características da arbitragem, e assim, a despeito da opinião de Sevo, parece-nos que o legislador agiu acertadamente. Vejamos o que diz a autora:

“La Ley Modelo, al igual que muchas legislaciones nacionales, no regula en forma expresa la confidencialidad del arbitraje, posiblemente porque se suponía que mientras los reglamentos del arbitraje protegían la privacidad del arbitraje, la confidencialidad era resguardada.(...)”

La Ley 1879 prevé la confidencialidad de la mediación su Art. 57, pero no habla del arbitraje. Sería recomendable que esta cuestión fuese reglamentada explícitamente”¹⁸⁵.

Como disse Sevo, a lei modelo da UNCITRAL não embute na arbitragem regras de confidencialidade. E não é sem propósito que a lei modelo se omite sobre essa questão, pois, de fato, a confidencialidade não é uma peculiaridade intrínseca do procedimento, mas apenas uma faculdade contratual oferecida às partes, já que, por se tratar de um meio avançado de solução de disputas, caberia aos litigantes estabelecer as regras pelas quais proceder. Ademais, não sendo um processo público, isto é, não sendo sujeito à jurisdição estatal, as partes passam a ter liberdade de confiar entre si e seus árbitros contratados o dever de manutenção do sigilo.

¹⁸⁴ MAFFIODO, Salvador Villagra. Op. cit. p. 180-181.

¹⁸⁵ SEVO, Jelena. La Ley de Arbitraje y UNCITRAL. In: RODRIGUEZ, José Antonio Moreno (coord.). *Arbitraje y Mediación*. Asunción, Intercontinental, 2003, p. 395-396.

Por essa razão, a confidencialidade só cabe na arbitragem se as partes convencionarem pela manutenção do sigilo dos atos praticados ao longo do procedimento, desde as peças processuais, documentos, depoimentos, audiências, sentença etc. Caso a confidencialidade não venha a ser fundamental ao interesse das partes, elas podem simplesmente descartá-la, ou, ainda, deixar de mencioná-la em sua cláusula ou compromisso arbitral.

Embora a arbitragem seja vista como um meio privado de solução de disputas, é importante ter em mente que sua qualidade privada diz respeito apenas à condição dos julgadores que, por serem árbitros, são investidos em suas funções jurisdicionais por meio contratual, e também pelos ritos procedimentais, que não se vinculam a uma norma pública, mas ao acordo das partes ou ao regulamento de um centro arbitral contratado. Serve essa afirmativa para dizer que a característica privada do sistema arbitral não interfere na natureza jurídica daqueles que optam pela arbitragem em detrimento do foro judicial, de modo que entidades particulares e públicas podem fazer uso da arbitragem sem se desnaturar. Em outras palavras, ao longo do procedimento, partes privadas agirão como privadas e partes públicas agirão como públicas.

Por assim ser, os princípios de Direito Administrativo pertinentes à parte estatal em disputa permanecerão aplicáveis, devendo as práticas de publicidade e transparência, entre outras exigidas da Administração, manter-se em vigor ao longo de todo o processo. Afinal, não é porque a Administração se submeteu à jurisdição privada que ela deixará de ser entidade pública.

O Artigo 4º, da lei nº 2051/03, estabelece entre os princípios regedores das atividades da contratação pública a publicidade e a transparência, nos seguintes termos:

Art. 4º, “c”. Transparencia y Publicidad: Asegurarán irrestrictamente el acceso a los proveedores y contratistas, efectivos o potenciales, y a la sociedad civil en general, a toda la información relacionada con la actividad de contratación pública, específicamente sobre los programas anuales de contratación, sobre los trámites y requisitos

que deban satisfacerse, las convocatorias y bases concursales, las diversas etapas de los procesos de adjudicación y firma de contratos; estadísticas de precios; listas de proveedores y contratistas; y de los reclamos recibidos (grifos nossos).

Da redação acima, percebe-se que o legislador exige da Administração transparência e publicidade sobre assuntos diversos relativos à contratação pública e, entre eles, sobre as controvérsias geradas a partir dos contratos firmados. Com efeito, a lei nada mais faz do que reforçar os princípios republicanos que remetem ao ideal de coisa pública, ao permitir que todos os cidadãos tenham conhecimentos sobre os atos de seus administradores. Nesse sentido, Candia vem postular:

“este principio implica la necesidad de que todas las actividades de la Administración Pública deber ser puesta a conocimiento de los ciudadanos en cuya representación se ejerce el poder administrativo. La publicidad de los actos públicos es un requisito esencial que se origina de la organización republicana del Estado”¹⁸⁶.

Diante do exposto, percebe-se que a confidencialidade, por não ser um requisito da arbitragem, não só é dispensável como, em casos de disputas envolvendo a Administração Pública, não é admissível. Para fins de atendimento ao interesse público, é importante que os atos da Administração, inclusive aqueles desempenhados em procedimento arbitral, sejam tornados públicos, prestando-se as devidas contas e franqueando-se aos administrados o conhecimento para controle popular.

Não se descarta, contudo, que assuntos de interesse exclusivamente particular sejam mantidos em sigilo, tais como segredos de indústria, contanto que seja dada a devida publicidade aos demais documentos e informações atinentes ao procedimento. Eis que dados unicamente corporativos, se revelados, podem trazer mais prejuízos aos privados ou ao ente administrativo enquanto competidor de mercado, que propriamente beneficiar o interesse público.

¹⁸⁶ CANDIA, Manuel Dejesús Ramírez. Op. cit. p. 55.

5.2. *EX AEQUO ET BONO*

A arbitragem regida pela cláusula *ex aequo et bono*, isto é, aquela processada com base em juízo de equidade, encontra-se regulamentada no artigo 32 da lei 1879/02, o qual, inclusive, traz o conceito de composição amigável, nos termos do direito paraguaio:

Art. 32. Normas aplicables al fondo del litigio (...). El tribunal arbitral decidirá en equidad sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así. En el arbitraje de equidad, o de amigable composición, los árbitros no se encuentran obligados a resolver en base a las normas de derecho, sino que pueden hacerlo “en conciencia” o “según su leal saber y entender”.

Como se vê, assim como os demais ordenamentos analisados, a lei arbitral paraguaia estabelece que a arbitragem de equidade ou composição amigável prescinde da aplicação da norma posta, na medida em que se franqueia aos árbitros, dotados de poder para tanto, o direito de decidir conforme sua própria consciência e saber, ainda que em desconsideração da lei positivada. Desse modo, ao se inserir em convenção arbitral a estipulação *ex aequo et bono*, confere-se ao árbitro o poder de emitir sentença que fuja aos padrões legais estabelecidos, a ponto de, inclusive, prolatar-se decisão contrária à legislação.

Antevendo essa problemática, o Decreto 21909/03, desta vez, a nosso ver, de maneira acertada, veio proibir que as arbitragens envolvendo a Administração Pública fossem julgadas por equidade. Segue trecho da redação do artigo 125 da norma que cuida dessa questão:

Art. 125 (...) No se admitirá el nombramiento de arbitradores ni juzgamiento de las diferencias sobre la base de la equidad.

Com efeito, o texto do referido decreto parece bem colocado, uma vez que preserva um dos mais importantes princípios asseguradores da democracia¹⁸⁷, a legalidade, quando

¹⁸⁷ “En el campo del Derecho Público, sea constitucional o administrativo, no rige el principio de licitud, sino e del legalidad. Estado de derecho significa, esencialmente, principio de legalidad. El principio de legalidad se concreta en que, toda la actuación pública debe estar autorizada, expresa o implícitamente, por la ley”. (PLATE, Luis Enrique Chase. Op. cit. p. 23).

reitera aos agentes e contratantes o dever de se ater às determinações legais, sem lhes permitir sujeitar-se à jurisdição que potencialmente possa descartar a premissa da juridicidade. Como explica Candia:

“Todas las actividades administrativas deben encuadrarse dentro del orden jurídico y los principios generales del Derecho. Este principio más conocido como el de la legalidad dentro del Derecho Administrativo es de rigurosa aplicación en las contrataciones públicas”¹⁸⁸.

5.3. SEDE, IDIOMA E LEI APLICÁVEL

De acordo com o ordenamento paraguaio, o local de prolação da decisão arbitral, ou, no entender de Braghetta, a sede do procedimento¹⁸⁹, define a nacionalidade da sentença. Assim, se laudo for proferido dentro do país, este será paraguaio, mas, se o laudo for assinado fora das fronteiras, este será estrangeiro.

Adicionalmente, a lei 1879/02 confere às partes liberdade para escolher a sede da arbitragem, sem fazer qualquer restrição à Administração, permitindo-lhes, inclusive, tomar providências fora do território paraguaio, sem que isso impacte no conceito de sede do procedimento. Vejamos o que diz a lei:

Art. 23. Lugar del arbitraje. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive la conveniencia de las partes.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

¹⁸⁸ CANDIA, Manuel Dejesús Ramírez. Op. cit. p. 192.

¹⁸⁹ “A expressão *local de proferimento* se equipara à *sede de arbitragem*. Essa interpretação é a única que preserva a vontade das partes mediante a escolha da sede na cláusula compromissória” (BRAGHETTA, Adriana. Op., cit. p. 18).

Além das regras estabelecidas acima, o ordenamento paraguaio não parece impor maiores exigências à Administração no que se refere à escolha da sede da arbitragem, de modo que o agente competente poderá, discricionariamente, optar por definir a sede em seu país ou fora dele. Com efeito, essa opção parece conveniente, já que o Estado, avaliando suas chances de sagrar-se credor em uma disputa arbitral, pode, ao optar pela sede no exterior, aproveitar-se para imediatamente executar o laudo no território do sucumbente em caso de êxito em uma possível arbitragem, sem a necessidade de passar por um processo prévio de homologação. Ademais, ressalta-se que o Paraguai ratificou as Convenções de Nova Iorque e do Panamá, o que lhe traz facilidades para a homologação e execução de sentença arbitral estrangeira em seu próprio território¹⁹⁰.

Já com relação ao idioma por que se deve processar a arbitragem, o artigo 25 da lei 1879/02 estabelece o seguinte:

Art. 25. Idioma. Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo que en los mismos se haya especificado otra cosa, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias, y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral.

El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

Da mesma maneira que ocorre com a sede da arbitragem, não encontramos no ordenamento paraguaio barreiras ao uso de idioma estrangeiro em arbitragens envolvendo a Administração Pública. Dessa forma, seria admissível entender que o procedimento poderia ser, à escolha das partes, administrado e julgado tanto em espanhol quanto em qualquer outra língua. Entretanto, caso não haja cumprimento espontâneo da sentença arbitral prolatada em outro idioma que não o espanhol, e esta tenha que ser submetida a processo de

¹⁹⁰ A proteção representada pelo processo de homologação de sentença arbitral estrangeira, referido no texto, não abrange as decisões prolatadas no âmbito do CIRDI.

execução judicial no Paraguai, todos os documentos apresentados ao judiciário para esse fim deverão ser previamente traduzidos por tradutor oficial.

No tocante à lei aplicável, percebe-se que a lei de arbitragem e mediação paraguaia, em seu artigo 32, reproduz de forma quase idêntica a redação da lei modelo da UNCITRAL. Dessa forma, tem-se que, para a lei desse país, prevalece a autonomia da vontade das partes para a escolha da lei que deverá vincular o árbitro na prolação de sua sentença.

Por outro lado, caso as partes não tenham avençado sobre a lei aplicável ao mérito da disputa, os árbitros deverão, por si próprios, decidir qual norma aplicar, observando-se os termos das regras que cuidam de conflitos de lei. Assim diz o artigo 32:

Art. 32. Normas aplicables al fondo del litigio. El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si las partes no indicaran la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables (...).

En todos los casos, el tribunal decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Note-se que a redação do artigo 32 da lei 1879/02, acima, refere-se à arbitragem de forma generalizada, sem conceber algumas especificidades de sua aplicação, como é o caso do emprego da arbitragem pela Administração Pública. Ainda que seja possível admitir que, na ausência de lei específica, a Administração ficaria adstrita ao rigor do artigo 32, o fato é que algumas normas estabelecem maiores limitações às convenções arbitrais avençadas com o Estado. Este é o caso, por exemplo, do Decreto 21909/03, que assim determina:

Art. 125. Arbitraje. El arbitraje procede sólo en caso de haberse pactado en el contrato suscripto entre las partes con las limitaciones

establecidas en el Art. 774 Del Código Procesal Civil. En caso de haberse pactado el arbitraje dentro del Contrato se deberán establecer la forma y métodos de designación de los Árbitros y sus suplentes y la aplicación de las leyes y normativas vigentes en la República para la decisión del Tribunal Arbitral o Arbitro único que designen las partes conforme al número de Árbitros convenido en la cláusula compromisoria o Anexo. Estas disposiciones no serán aplicables a aquellos casos regidos por Convenios o Tratados Internacionales (grifos nossos).

Do excerto do decreto destacado acima, depreende-se que os contratos celebrados com a Administração poderão dispor de cláusula compromissória, contanto que esta eleja, como lei aplicável ao mérito das controvérsias eventualmente suscitadas, as regras vigentes na República, isto é, no Paraguai.

Por esse motivo, somos da opinião de que para evitar recalcitrância ou pedidos de nulidade da sentença arbitral, seria prudente aos operadores, em caso de arbitragens contratadas com a Administração, que a lei paraguaia fosse observada como a governante da disputa, pelo menos até que a jurisprudência venha a se consolidar quanto a essa questão. A única ressalva que fazemos a esse entendimento, fica por conta do trecho final do *caput* do artigo 125, quando este refrata as disposições de sua própria redação, em favor de outras diretrizes reguladas em Convênios ou Tratados, que, se diferentes, poderão se sobrepor ao Decreto, estabelecendo novas regras sobre essa matéria.

V – URUGUAI

1. ARBITRAGEM

De acordo com o ordenamento ora em análise, a arbitragem, tal como nos outros países, é um meio jurisdicional, heterocompositivo e extrajudicial de solução de controvérsias. Adicionalmente, assim como no Brasil e no Paraguai, a lei arbitral uruguaia encontra-se consolidada em um só diploma. No entanto, diferentemente, do Brasil e Paraguai, e igualmente à Argentina, a norma arbitral fica inserida no código processual nacional, o CGPU.

O CGPU distingue a arbitragem em duas modalidades, em seu artigo 474.1:

474.1. El arbitraje será voluntario o necesario; en este último caso se impone por la ley o por convención de las partes.

Como se nota na redação da lei, a arbitragem uruguaia pode ser tanto voluntária como necessária, sendo a *necesária legal* imposta por determinação legislativa, e a *necesária convencional* exigida por acordo entre as partes (cláusula compromissória).

A doutrina uruguaia, atenta às estipulações do CGPU, cuida para atribuir uma nomenclatura própria a essas diferentes modalidades. Assim, resolveu-se por se diferenciar a arbitragem pelas categorias de (i) *arbitragem voluntária*, (ii) *arbitragem necessária legal* e (iii) *arbitragem necessária convencional*.

Apesar dessa nomenclatura especial conferida pela lei e doutrina uruguaia às distintas modalidades de arbitragem, o fato é que em pouco a realidade do sistema arbitral diverge dos demais ordenamentos aqui analisados, salvo quanto à previsão de existência de arbitragens obrigatórias por imposição legal, também existente na Argentina, a qual analisaremos mais adiante.

De fato, a arbitragem necessária convencional em nada diverge das arbitragens triviais, iniciadas a partir da previsão de cláusula arbitral. Trata-se do dever inescusável de se submeter à arbitragem disputas futuras que venham a surgir de acordos contendo cláusula compromissória, em renúncia à jurisdição estatal.

A exemplo da legislação francesa, a lei uruguaia mantém a dualidade clássica “cláusula-compromisso” ao se referir às formas de convenção arbitral. Contudo, o fato é que tanto a cláusula quanto o compromisso redundam em um mesmo fim, já que ambos obrigam às partes signatárias a submeterem seus litígios à arbitragem.

Embora o ponto de chegada seja o mesmo, tanto para a modalidade voluntária (compromisso) quanto para a modalidade necessária convencional (cláusula compromissória), o raciocínio do legislador é coerente quanto ao seu objetivo de confirmar o caráter obrigatório e irreversível da cláusula compromissória. Quem pactua cláusula arbitral opta pela arbitragem e renuncia a todo e qualquer outro foro, por mais privilegiado que este possa ser. Em outros termos, a cláusula compromissória não implica promessa de se sujeitar à arbitragem, mas o dever das partes de seguir por esta via privada de solução de contendas, em detrimento de qualquer outra. Daí o porquê de se mesclar o conceito de cláusula arbitral com o conceito de arbitragem necessária convencional.

Já a arbitragem voluntária remete à ideia de compromisso arbitral, quando não há previsão de cláusula arbitral. Com efeito, quando não há cláusula arbitral, os litigantes têm duas opções de jurisdição: submeter pleito ao juiz estatal ou celebrar compromisso arbitral para, então, submeter a controvérsia à apreciação de árbitros. Como se vê, a parte passa a ter a faculdade de se socorrer da arbitragem, e não mais o dever preestabelecido por uma cláusula compromissória. Por isso chamar de arbitragem voluntária aquela estipulada pela conclusão de compromisso arbitral.

Por sua vez, a arbitragem necessária legal é distinta das demais por seu caráter impositivo, que escapa da autonomia da vontade das partes. Aqui, como na Argentina, a

liberdade individual dá espaço à coerção legal. Nesse caso, a lei estabelece a via arbitral como único meio possível de se resolver determinados tipos de disputas.

Em que pese tratar-se de um aparente desvirtuamento do instituto arbitral, uma vez que a arbitragem arrima-se no preceito basilar da autonomia da vontade das partes, o fato é que a arbitragem necessária legal foi e ainda é vigente em diversos ordenamentos, como é o caso do ordenamento uruguaio. No caso deste país, até a derrogação do Código de Comércio pelo Decreto 14.476/75, a arbitragem necessária era imposta por seus artigos 511¹⁹¹, 601¹⁹² e 633¹⁹³. Eis a redação do decreto que revoga a arbitragem forçada para disputas comerciais, sem, no entanto, suprimir a possibilidade de avençar convenção arbitral:

Art. 1º. Deróganse todas las disposiciones legales que imponen el arbitraje forzoso en materia civil y comercial.

Esta derogación no alcanza a la facultad de pactar la cláusula compromisoria, en el ámbito de la autonomía de la voluntad (Código de Procedimiento Civil, Título VII).

Entretanto, a arbitragem compulsória ainda é vista em algumas normas vigentes, como a Lei 17.703, de 27 de outubro de 2003, responsável por regulamentar a relação de Fideicomisso, a lei 10.913, de 25 de junho de 1947, e o Decreto-lei especial no. 6, de 14 de março de 1983¹⁹⁴, que não só causam espécie por exigirem o emprego forçado da arbitragem, como também por designarem o instituto arbitral para resolver assuntos que lhe são ainda polêmicos, como a arbitragem trabalhista.

¹⁹¹ Art. 511. Todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o participación serán decididas por jueces arbitradores, háyase o no estipulado así en el contrato de sociedad.

¹⁹² Art. 601. Todas las cuestiones que resultaren de contratos de arrendamientos, serán decididas en juicio arbitral.

¹⁹³ Art. 633. Las dificultades que se susciten sobre la inteligencia de las cartas de crédito, o de recomendación y de las obligaciones que respectivamente importen, serán siempre decididas por arbitradores.

¹⁹⁴ GIUFFRÀ, Carolina. *Teoría y Práctica del Proceso Arbitral en el Código General del Proceso*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007, p. 18.

Considerando-se o tema do presente trabalho, embora tratemos com maior vagar de questões de arbitrabilidade mais abaixo, parece-nos pertinente dedicar algumas linhas, de imediato, para reflexão sobre a arbitragem necessária legal que abarca matéria de serviço público.

A Lei 10.913/47, que regulamenta a forma de solução de divergências trabalhistas em concessionárias de serviços públicos, assim estabelece em seu artigo 5º:

Art. 5º. Si las partes no se avinieran, las divergencias se someterán a la decisión de un Tribunal Arbitral cuyo fallo será inapelable y obligatorio. El Tribunal Arbitral se integrará, en cada caso – a pedido de parte o de oficio por el Poder Ejecutivo – con tres miembros designados, uno, por la Suprema Corte de Justicia; otro, por el Poder Ejecutivo en Consejo de Ministros; y otro, por el Consejo de la Facultad de Derecho. El Tribunal fijará los procedimientos a seguir. Las partes dispondrán siempre de oportunidad para hacer su defensa (grifos nossos).

Embora, conforme relatos, a lei acima citada não tenha sido aplicada com grande eficiência no Uruguai, o fato é que ela permanece vigente, e mais, ela não apenas prevê, como exige a utilização da arbitragem para dirimir pendências trabalhistas no seio de empresas prestadoras de serviço público.

Estaria aqui, por si só, um exemplo de que tanto as arbitragens trabalhistas como aquelas envolvendo a administração pública são admitidas no Uruguai. Ainda que a referida lei não tenha gerado repercussão efetiva, o Estado admitiu, ou melhor, impôs o uso da arbitragem nas questões relativas às suas concessionárias. Nesse caso, não caberia nem mesmo avaliar se os direitos em jogo (trabalhistas¹⁹⁵ ou públicos) são disponíveis ou indisponíveis. Mais ainda, não seria preciso ponderar se os direitos são ou não transacionáveis, ou se os envolvidos têm ou não capacidade de transacionar. Afinal, a norma é taxativa e, enquanto não há definição sobre sua constitucionalidade, as

¹⁹⁵ A despeito do que diz a lei e da interpretação que ela aparente oferecer sobre a disponibilidade dos direitos trabalhistas, conforme Belandro, o caso nº 5587 da Justiça Uruguiaia, fazendo referencia a acidentes de trabalho, declarou que para a solução de conflitos trabalhistas não é permitido o uso da arbitragem (BELANDRO, Ruben B. Santos. Op. cit. p. 85).

concessionárias teriam legitimidade e, principalmente, o dever de levar as questões relacionadas no artigo 3º¹⁹⁶ da lei à apreciação de árbitros.

2. ARBITRABILIDADE

2.1. ARBITRABILIDADE SUBJETIVA EM DISPUTAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os critérios de arbitrabilidade subjetiva não se encontram expressamente regulamentados na lei uruguaia. Contudo, indaga-se se seria possível inferir do artigo 476 do CGPU que apenas as pessoas credenciadas a transacionar¹⁹⁷ estariam habilitadas a se submeter à arbitragem. Vejamos o que diz a lei:

“Art. 476. No pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción.”

Nesse sentido, destacamos as palavras de Rossi, que entende, justamente, que a dúvida sobre a viabilidade de arbitragens envolvendo o Estado se deu, por muito tempo, por conta da incerteza sobre a capacidade da Administração de pactuar convenção arbitral na ausência de uma norma expressa que o autorizasse a tanto:

“Respecto de nuestro derecho por mucho tiempo la doctrina discutió si en un contrato administrativo las diferencias surgidas entre la Administración y el co-contratante, en cuanto a la interpretación, alcance y cumplimiento de las obligaciones que resultan para cada

¹⁹⁶ Artículo 3º.- Los Consejos tendrán competencia para conocer cuando lo pida cualquier interesado: A) En todas las cuestiones que afecten los derechos del personal en caso de despidos, traslados, suspensiones, sanciones disciplinarias y demás diferencias que se susciten. B) En todos los problemas relativos a la organización del trabajo o de la higiene y la seguridad industrial. Podrán las partes de común acuerdo, cuando existan discrepancias entre ellas, integrar el Consejo con un árbitro. La decisión del Consejo integrado será inapelable y obligará a las partes.

¹⁹⁷ Sobre o conceito do termo *transação*, na perspectiva do Direito uruguaio, Gamarra explica: el litigio puede terminarse por *autocomposición*, cuando son las propias partes en conflicto las que le dan fin, o por *heterocomposición*, cuando la solución se obtiene por obra de un tercero, juez o árbitro. Las formas de autocomposición son tres: el desistimiento, el allanamiento y la transacción; las dos primeras son unilaterales, ya que la extinción del litigio se logra mediante el abandono de la pretensión (desistimiento) o de la contra-pretensión (allanamiento), mientras que la transacción es bilateral, puesto que la autocomposición se llena en una línea mediana, por concesiones recíprocas de los litigantes”. (GAMARRA, Jorge. Op. cit., p.66).

parte, podían ser resueltas por vía del arbitraje sin recurrir a la vía jurisdiccional.

Las posiciones que restringían la aplicación de este sistema de resolución de controversias dentro del ámbito de la Administración sostenían que para la posibilidad de aplicación de este tipo de sistemas de resolución de disputas es necesario, debido al principio de especificidad de la actuación de la Administración, una norma expresa.

Asimismo, el Tribunal de Cuentas, en su oportunidad, observaba los pliegos de condiciones y proyectos de contratos administrativos en cuanto preveían la posibilidad de recurrir al arbitraje”.¹⁹⁸

Como se percebe, o artigo 476 do Código Civil uruguaio traz apenas o critério *ratione materiae* de arbitrabilidade, ao dizer que não se podem submeter a processo arbitral questões que não sejam transacionáveis. Assim, seria plausível afirmar que a arbitrabilidade de questões envolvendo o Estado somente deveria ser avaliada sob a ótica da arbitrabilidade objetiva. Em outros termos, para se concluir se uma controvérsia poderia ou não ser resolvida por arbitragem, seria suficiente examinar se o objeto da disputa é transacionável, sem se ter que empreender maiores reflexões quanto à capacidade da pessoa para celebrar uma transação.

De fato, esse entendimento não parece de todo incoerente, especialmente, em vista da jurisprudência uruguaia que tem se inclinado à opinião de que na ausência de lei que

¹⁹⁸ Adicionalmente, a autora conclui ao longo do texto pela admissão da arbitragem em contratos administrativos uruguaio, com as seguintes palavras: “En definitiva, de las normas expuestas en el apartado anterior y de las posiciones doctrinarias aquí reseñadas surge que las controversias entre Administración y particular derivadas de los contratos administrativos, pueden ser solucionadas mediante el procedimiento arbitral”. ROSSI, Mónica. *Solución de controversias. Aplicación de Métodos de Resolución Alternativa de Disputas en Contratos de Concesión de Obras y Servicios Públicos*. 2000, p. 3-4. Disponível em: <<https://docs.google.com>>. Acesso em: 12 mar. 2011. Apesar da oportuna ponderação da autora sobre a arbitrabilidade subjetiva, discordamos de sua opinião referente à jurisdicionalidade da arbitragem. Com efeito, a autora, no primeiro parágrafo do excerto extraído de sua obra, compara o sistema arbitral ao sistema judicial, atribuindo apenas ao segundo a força jurisdiccional, ao passo que, em nosso entendimento, ambos os sistemas são dotados de jurisdição. Nesse mesmo sentido, Miranda esclarece: “en efecto, los árbitros son jueces. No son llamados para dar un simple parecer, una gratuita opinión sobre la diferencia que divide a las partes, sino para resolverla, para solucionarla, para juzgarla definitivamente; son llamados a dar una decisión, una sentencia que es obligatoria para los contendientes, que éstos no pueden eludir, – cuando es dada en condiciones inatacables, se entiende, – que hace cosa juzgada con igual eficacia que una sentencia de los magistrados ordinarios. Ejercen, pues, una real y verdadera jurisdicción” (MIRANDA, Julián Eduardo. Op. cit. p. 26-27).

proíba o Estado a empregar a arbitragem, pode este submeter-se à jurisdição extrajudicial. Vejamos alguns excertos da jurisprudência levantada por Belandro:

“Caso n° 469 – no son ilegales las cláusulas contenidas en el pliego general de condiciones que obliga a resolver por árbitros cualquier diferencia que surja entre el Municipio y el empresario, porque ella no se encuentra consagrada en ninguna disposición expresa de la Ley Orgánica municipal, ni de su historia, ni de su espíritu, desde que no existe ninguna disposición legal que prohíba al Municipio comprometer en árbitros sus controversias. (...)”

Caso n° 1.667 – el Municipio de Montevideo está capacitado para comprometer en árbitros, desde que falta un texto legal categórico que disminuya o elimine esa facultad. No es, por lo demás, correcto que si el Municipio ha impuesto en su pliegos de condiciones ese requisito, impugne luego su aplicación cuando sea el caso de aplicarlo”¹⁹⁹ (grifos nossos).

Nesse mesmo sentido, servem as palavras de Pucci:

“Con referencia a la aceptación del Estado uruguayo de la posibilidad de someter a arbitraje las controversias en las cuales sea parte, es pacífica la opinión de los autores de ese país en el sentido de la aceptación del instituto arbitral por parte del Estado uruguayo.

A nivel interno se admite la posibilidad de que el Estado se someta a arbitraje en virtud de los dispositivos del Código Procesal que contemplan el proceso arbitral en forma general, sin excluir a la Administración Pública”²⁰⁰.

Embora não seja absolutamente seguro afirmar que a Administração Pública uruguaia tem competência para celebrar transações”²⁰¹, o fato é que essa preocupação deixaria de ser relevante, na medida em que não há conexão entre a arbitralidade subjetiva e o poder de transacionar. Mais ainda, diferentemente do que ocorre no Brasil, as cortes uruguaias tem se mostrado mais flexíveis em relação ao princípio da legalidade ao

¹⁹⁹ BELANDRO, Ruben B. Santos. Op. cit. p. 80.

²⁰⁰ PUCCI, Adriana N. Op. cit. P. 69.

²⁰¹ “No es sencillo en nuestro país dar respuesta al interrogante de si el Estado está facultado para transar. Varias son las opiniones propuestas sobre el particular”. (CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Contratos: la Transacción*. Montevideo: Del Foro, 2004, t.3. p. 158).

tratar dessa matéria, uma vez que não parecem restringir, nesse caso, a atuação do Estado ao rigor da lei posta. Ao contrário, permitem que, na ausência de lei autorizadora, o Administrador possa, discricionariamente, optar pela jurisdição arbitral se assim julgar oportuno e conveniente ao interesse público.

Nos mesmos termos do que se esboçou acima, vejamos o que entende DELPIAZZO sobre a compatibilidade da arbitragem com contratos administrativos, notadamente, no tocante à arbitrabilidade subjetiva:

“Es necesario tener en cuenta que el nuevo Código General del Proceso prevé el juicio arbitral de modo general sin excluir a la Administración, y solo menciona como causas excluidas del arbitraje aquellas excluidas de la transacción o en que está prohibida la transacción”²⁰².

Por outro lado, em contraposição ao entendimento de Delpiazzo, caso as interpretações venham a se pautar pela inferência indireta, isto é, se vier a valer a interpretação de que para se submeter à arbitragem, o Estado antes deve ter poder para transacionar, então devemos buscar amparo do Código Civil uruguaio para maior meditação acerca da arbitrabilidade subjetiva.

Com efeito, embora o CGPU não ofereça critérios *ratione personae* de arbitrabilidade ou de transigibilidade, o Código Civil, em seu artigo 2148 assim estabelece:

Artigo 2148. No puede transigir el que no puede disponer de los objetos que se abandonan por la transacción.

Nesse caso, seria necessário avaliar se a Administração Pública tem competência para dispor de seus bens em transação. Assim, é de se notar que, como esclarece Castilla, o Estado uruguaio tem executado diversas transações na prática, sem, contudo, dispor de uma legislação que efetivamente o permita a tanto²⁰³. Da mesma forma, se pronuncia Carnelli,

²⁰² DELPIAZZO, Carlos E. (1999) *Contratación Administrativa*. 2ª ed. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004. p. 265 .

²⁰³ CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Op. cit. p. 159.

parafraseando Falcao Bonasso, quando afirma que a Administração transformou a transação em uma prática constante e pouco discutida²⁰⁴.

Ocorre que apenas a prática reiterada não parece ser suficiente para conferir ao Estado o poder de transacionar, sobretudo, em vista do artigo 2152 do Código Civil uruguaio, que estabelece que as pessoas jurídicas somente poderão transigir em conformidade com os regramentos especiais que as concernem. Dessa feita, na ausência de normas, parece-nos que a Administração Pública, ao transigir, o faria de maneira imprópria.

Contra a potencial irregularidade dos atos transacionais postulada acima, e a favor do uso da arbitragem pela Administração, Delpiazzo assim esclarece:

“Al respecto, si bien se han levantado voces contrarias que el Estado transe, lo cierto es que existen múltiples precedentes en la materia y la posición actual del Poder Ejecutivo y de ambas Fiscalías de Gobierno es favorable a la tesis afirmativa. Igualmente, nuestra más calificada doctrina ha admitido la posibilidad de que la Administración reconozca su responsabilidad e indemnice en vía administrativa, con lo cual ha venido a aceptar que la cuantificación de la reparación se determine fuera del ámbito jurisdiccional, a través de recíprocas concesiones”²⁰⁵ (grifos nossos).

Nesse sentido, no que tange a arbitragem, a juíza Alicia Alvarez Martinez, em sentença de primeiro grau, declarou não haver proibição para a Administração Pública se submeter a processo arbitral, e, para tanto, parafraseou Laso ao dizer:

“la Administración puede estipular el arbitraje en sus contratos sin requerir autorización legal expresa porque pactar el arbitraje no constituye un acto de disposición”²⁰⁶.

Desse modo, apesar da dificuldade de interpretação trazida pela inferência indireta da arbitrabilidade objetiva para a arbitrabilidade subjetiva, o fato é que a jurisprudência

²⁰⁴ CARNELLI, Lorenzo Sánchez. *La Transacción en la Actividad Pública. Curso de Graduados 1999*. Montevideo: FCU, 2000. v.4, p.70.

²⁰⁵ DELPIAZZO, Carlos E. Op. cit., p. 265.

²⁰⁶ Juzgado Letrado de Primera Instancia em 1º Civil de 3º Turno, 28 de novembro de 2008, sentença nº 76/2008.

uruguaia, assim como a doutrina, tem respaldado ao Estado o poder de celebrar convenção arbitral. E assim tem feito por vias mais práticas, desconsiderando a inferência indireta, e acatando a legitimidade de escolha da vereda extrajudicial, em vista da ausência de leis que vedem à Administração optar pela arbitragem²⁰⁷.

Ademais, como bem lembra Laso, a arbitragem não constitui um ato de disposição²⁰⁸, mas de prestação de serviço jurisdicional. Aquele que se submete à arbitragem não renuncia a direito material, mas apenas opta pela jurisdição arbitral em desfavor da jurisdição estatal. Não há disposição, mas, sim, pagamento por condenação. Da mesma forma, Miranda:

“El juicio arbitral no es una transacción. La transacción es un contrato por el cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminan los contrayentes un litigio pendiente ó precaven un litigio eventual; en el arbitraje las partes no se hacen ninguna concesión, no enajenan sus derechos, sino que los someten a la decisión de los árbitros con todas sus pretensiones, sin renunciar desde luego a ninguna de ellas”²⁰⁹.

2.2. ARBITRABILIDADE OBJETIVA EM DISPUTAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como visto na áspera discussão acerca da arbitrabilidade subjetiva, o CGP apresenta somente critérios *ratione materiae* para cálculo da arbitrabilidade, ao exprimir, em seu artigo 476, que não poderão se submeter à arbitragem questões não passíveis de serem transacionadas. Dessa forma, para verificar se as questões relativas a contratos celebrados pela Administração são ou não arbitráveis, é necessário verificar se essas mesmas questões podem se sujeitar a transação.

²⁰⁷ Fazendo referência ao uso da arbitragem e da transação pela Administração Pública, ROTONDO afirma que “las entidades estatales pueden acudir a dichas vías para solucionar controversias relativas a la ejecución contractual. *Las personas jurídicas solo pueden transigir en conformidad con las leyes o reglamentos especiales que les conciernen* (Código Civil, art. 2152). Allí quedan incluidas las estatales y no dice que sólo pueden transigir si lo autoriza una ley o reglamento sino que pueden hacerlo en tanto ello esté de acuerdo con las normas que es sean aplicables (TORNARÍA, Felipe Rotondo. *Manual de Derecho Administrativo*. 7ª ed. Montevideo: Del Foro, 2009. p. 412).

²⁰⁸ LASO, Enrique Sayagues. *Tratado de Derecho Administrativo*. 9. ed. Montevideo: Clásicos Jurídicos Uruguayos, 2010, v.1. p. 545.

²⁰⁹ MIRANDA, Julián Eduardo. Op. cit. p. 40-41.

Em vista da consideração acima, devemos, primeiramente, buscar a delimitação legal do que é matéria transacionável, para, em seguida, analisarmos se a Administração Pública tem em seus ativos bens ou direitos que podem ser objeto de transação. Nesse sentido, vejamos o que o Código Civil uruguaio determina sobre o assunto:

Artículo 2153. La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito, pero no sobre la acción criminal que corresponda, sea a la parte ofendida, sea al Ministerio Público.

Artículo 2154. No se puede transigir sobre el estado civil de las personas.

Pero valdrá la transacción sobre intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona, aunque éste sea objeto de contestación, con tal que al mismo tiempo la transacción no verse sobre el estado de ella.

Note-se que além das vedações acima, a legislação uruguaia não faz qualquer referência a outras matérias que não possam ser alvo de transação. Desse modo, como prevê o artigo 472 do CGP, é entendimento jurisprudencial que a arbitrabilidade objetiva deve ser encarada como regra, sendo a inarbitrabilidade a exceção. Vejamos o que diz a lei:

Artículo 472. Toda contienda individual o colectiva, podrá ser sometida por las partes a resolución de un tribunal arbitral, salvo expresa disposición legal en contrario.

Dessa maneira, na ausência de lei que impeça determinada matéria de ser posta a julgamento arbitral, não há que se falar em inarbitrabilidade objetiva. Ademais, considerando-se que nem o Código Civil uruguaio, nem qualquer outra lei interna fazem ressalva expressa à transigibilidade dos direitos patrimoniais estatais, pode-se inferir que disputas envolvendo a Administração Pública preenchem os requisitos *ratione materiae* para serem tratados por arbitragem.

A já vasta abrangência de matérias arbitráveis compreendidas no ordenamento uruguaio aparenta ser ampliada em decorrência da índole normativa que se atribui aos

contratos celebrados pela Administração. Desse modo, acabam mitigados os poderes exorbitantes, notadamente, quando desempenhados no âmbito de acordos de natureza comercial. Como entende Zunino, mesmo os atos de império praticados em sede contratual podem se ver subordinados a juízo arbitral:

“En lo relativo a los actos de Estado, inherentes al mismo por caer bajo el velo del *ius imperium*, la regla es que si el Estado consintió explícita o implícitamente al arbitraje, no puede liberarse del mismo, entendiéndose el pacto como una renuncia a cualquier restricción a la arbitrabilidad del conflicto”²¹⁰.

Em que pesem os entendimentos flexíveis adotados por Zunino, encaramos a arbitrabilidade objetiva com maior parcimônia. Concordamos que os reflexos patrimoniais oriundos de disputas comerciais travadas pelo Estado podem, sim, ser objeto de arbitragem, mas nos indagamos se a interveniência impositiva do agente público poderia vir, de fato, a ser obstada por sentença arbitral.

Se o poder de exorbitância conferido ao administrador é abrandado pelo caráter normativo dos contratos da Administração, equivale dizer que os efeitos patrimoniais derivados da flexão administrativa acabam sendo menos onerosos ao contratado privado. Por outro lado, isso não quer dizer que se vede ao Estado a faculdade de, unilateralmente, tomar medidas em desfavor do seguimento normal do contrato, afinal, trata-se de uma medida discricionária cuja revisão jurisdicional, se desempenhada, deve ser feita criteriosa e moderadamente.

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Diferentemente do que ocorre no Brasil e na Argentina, o Uruguai não dispõe de uma lei geral para regulamentar as contratações da Administração Pública²¹¹, de modo que não há, na legislação, um conceito legal do que viriam a ser os contratos administrativos ou contratos da Administração. Essa escassez de lei fez com que a jurisprudência uruguaia,

²¹⁰ ZUNINO, Pablo Leiza. *Contratos de la Administración Pública: Teoría, Principios, Aplicación Práctica*. Montevideo: FCU. 2012, p. 576-577.

²¹¹ DELPIAZZO, Carlos E. Op. cit., p. 258.

baseada no artigo 23, (a)²¹², do Decreto-lei orgânico do Tribunal de Contencioso Administrativo nº 15.524/84²¹³, considerasse como regra de direito todo princípio constitucional, ordem legislativa ou contratual.

Não se discute que previsões constitucionais e legislativas sejam regras de direito, mas a implicação do ditado jurisprudencial referido no parágrafo acima ganha relevo na medida em que confere aos contratos celebrados pela Administração a qualidade de norma²¹⁴, pela qual a Administração deve se basear para pautar sua conduta relacional²¹⁵.

²¹² Artículo 23.- En particular, y sin que ello importe una enumeración taxativa, se considerarán objeto de la acción de nulidad: (a) Los actos administrativos unilaterales, convencionales o de toda otra naturaleza dictados con desviación, abuso o exceso de poder, o con violación de una regla de derecho, considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual.

²¹³ Na ausência de uma lei geral que regulamente as contratações da Administração Pública, o ordenamento uruguaio se baseia no TOCAF para disciplinar essa questão, cuja redação, até este ano datada de 10 de junho de 1997, foi derrogada pelo Decreto 150, de 11 de maio de 2012.

²¹⁴ Em maior esclarecimento, Delpiazzo: “interesa destacar que la Suprema Corte de Justicia ha dictado varias sentencias en los últimos años, sosteniendo – por vía de casación – que las normas contractuales encuadran en el concepto de regla de Derecho usado por el constituyente. Tales pronunciamientos se han apoyado en el art. 270 del CGP, el cual, reiterando lo previsto en el anterior art. 15 del decreto-ley nº 14.861 de enero de 1979, establece que el recurso de casación ‘sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de Derecho, sea en el fondo o en la forma’. Comentando la norma anterior, nuestra doctrina procesal destacó como una feliz expresión del legislador la referencia a ‘la norma de Derecho’, que es análoga a la de ‘regla de Derecho’ que utiliza nuestra Constitución para señalar cuáles son las normas violables por los actos administrativos y que pueden dar lugar a la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Según se destacó en el informe legislativo que precedió a la aprobación del decreto-ley nº 14.861, ‘en el sentido amplísimo de normas de Derecho caben no solamente la ley o el reglamento sino también la costumbre (cuando la ley se remite a ella), los principios generales y las doctrinas más recibidas, cuando el juez los utiliza para integrar una norma en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (art. 16 del Código Civil), las máximas de experiencia,... la interpretación incorrecta de un contrato, etc.’. Consiguientemente, se ha afirmado que ‘en cuanto’ a la interpretación de los contratos y más ampliamente de los negocios jurídicos, con el mismo criterio amplio que preconiza nuestro legislador, también puede caber como motivo de casación’. (...) Corroborando tal aserto, se ha dicho que, ‘dada la amplitud de la expresión utilizada por el legislador, las estipulaciones contractuales conforme al art. 1291 del Código Civil forman una regla a la que las partes deben someterse como a la ley misma, por lo que nos inclinamos por considerar que están comprendidas dentro de la categoría normas de Derecho’. Con base en la aludida normativa sobre la casación, la Suprema Corte de Justicia ha acogido dicho criterio amplio para considerar comprendidos a los contratos dentro del concepto de norma de Derecho a partir de la sentencia nº 250 de 30 de octubre de 1985. (...) Más recientemente, con especial referencia a actos administrativos dictados durante la ejecución de un contrato celebrado por la Administración, la Suprema Corte de Justicia no sólo ratificó su jurisprudencia anterior sino que la profundizó. En efecto, al tenor de la sentencia nº 421 de 24 de diciembre de 1997, sostuvo que ‘por cierto, las normas del convenció constituyen una regla de Derecho (Constitución, art. 309, inc. 1º) en la medida en que en la inteligencia que cabe dar a la expresión utilizada, también las normas contractuales conforman el concepto empleado por el constituyente’. (DELPIAZZO, Carlos E. Op. cit., p. 245-247).

²¹⁵ A esse mesmo respeito, Zunino, mesmo depois de confrontar a divergência doutrinária acerca da normatividade das disposições contratuais, afirma: “el legislador, al incluir el contrato dentro del concepto de ‘regla de derecho’, lo que ha posibilitado, es la aplicación de la jurisdicción anulatoria respecto a todo acto administrativo dictado en violación de un contrato. (...) En síntesis, podemos afirmar que nuestro

Ainda que as cláusulas dos contratos administrativos dos demais países ora estudados também imponham rigor normativo, no Uruguai, essa característica tem particular importância, pois faz reduzir a prerrogativa de exorbitância do Estado, uma vez que seus poderes unilaterais acabam arrefecidos pelos dispositivos da avença. Como esclarece Delpiazzo:

“La violación del régimen contractual implica la violación de una regla de Derecho constituida para las partes por el contrato por ambas concertado (...)

A la luz de lo antedicho, resultan acotadas las denominadas prerrogativas de la Administración y, de modo especial, la de modificación unilateral cualitativa del contrato ya que la cuantitativa, dentro de determinados límites, está contemplada legalmente en el art. 63²¹⁶ del TOCAF²¹⁷.

Mesmo por esse motivo, o Direito uruguaio parece voltado a buscar a concertação em detrimento da imposição, mitigando-se as ideias de desigualdade e supremacia, para visar ao espírito de colaboração. Outrossim, Laso recomenda que eventuais direitos que prevejam modificações unilaterais por parte da Administração estejam presentes no corpo do contrato, uma vez que, na ausência de cláusulas dessa índole, a questão acaba levada a planos de complexa solução²¹⁸.

Decorre dessa tendência o entendimento de que o Estado não tem, somente por sua natureza própria, a potestade de imprimir modificações unilaterais ao contrato celebrado com privados. Esse poder pode, sim, existir, como de fato existe, mas, para tanto, ele deve

ordenamiento jurídico vigente consagra la *tesis contemporánea*. Pues como bien afirma DURÁN MARTÍNEZ, de la interpretación armónica de los artículos 7, 10, 32 y 72 de la Constitución, artículo 1291 del Código Civil y literal (a) del artículo 23 del D.L. n° 15.524, surge que los contratos administrativos tienen efecto vinculante entre las partes, son inmutables y toda modificación y rescisión unilateral sin ley formal habilitante está vedada, y de disponerse es susceptible de la acción anulatoria”. (ZUNINO, Pablo Leiza. Op. Cit., p. 166-467).

²¹⁶ O artigo 63 do TOCAF, referido pelo autor, encontra-se redigido no artigo 74 do novo Decreto 150/12.

²¹⁷ DELPIAZZO, Carlos E. Op. cit., p. 243.

²¹⁸ LASO, Enriques Sayagués. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4ª ed. Montevideo: Clásicos Jurídicos Uruguayos, 1974, v.1, p. 576.

estar antes previsto em lei ou disposto nos termos do contrato firmado. Por essa razão, Zunino raciocina da seguinte forma:

“Por lo que el contrato administrativo es una ley entre las partes, pero por la prevalencia del interés público que gestiona la Administración sobre el *interés privado* de su colaborador, resulta legítimo que aquella pueda modificar el contrato”²¹⁹.

O autor entende, ainda, que os contratos da Administração nada mais são que uma modalidade especial dos contratos regulados pelo Direito Civil. Com efeito, em sua opinião, os contratos disciplinados pelo Direito Civil não destoam daqueles celebrados pela Administração. No entanto, por estes envolverem um ente administrativo, acabam tendo uma particularidade subjetiva²²⁰ que lhes exige uma inflexão de direito público.

Essa também é a opinião de Laso:

“En efecto, examinando objetivamente los múltiples vínculos contractuales que celebra la administración, se observa que la división en contratos administrativos y contratos de derecho privado no se ajusta a la realidad de cosas: son muy raros – si es que los hay – los contratos que se regulan exclusivamente por el derecho público y en consecuencia merecen la denominación de administrativos, como lo son también los que se regulan únicamente por el derecho civil o comercial y deben, por tanto, calificarse de privados. La realidad muestra que en todos los vínculos de la administración rige el derecho público y el derecho privado, en mayor o menor grado según los casos, no siendo posible establecer el límite donde dejaría de aplicarse uno y comenzaría a regir el otro.

Dicho en otra forma: que en el variado conjunto de vínculos contractuales de la administración, los hay que se regulan fundamentalmente por el derecho público y admiten apenas la aplicación de ciertos principios generales del derecho privado, mientras que, en el otro extremo, los hay que se regulan casi exclusivamente por el derecho privado y sólo en aspectos muy limitados rige el derecho público; pero entre esas dos situaciones claramente opuestas hay numerosos vínculos en los que el derecho

²¹⁹ ZUNINO, Pablo Leiza. Op. Cit., p. 447.

²²⁰ Idem, p. 455.

público y el derecho privado se aplican en grado variable, siendo imposible establecer límites precisos. (...)

Quizá sea más acertado prescindir de la expresión *contrato administrativo*, que sugiere una idea de oposición con los contratos de derecho privado promoviendo la controversia examinada, y referirse, en cambio, a los *contratos de la administración*”²²¹.

Assim, em consonância com o entendimento de Zunino e Laso, para evitar choque conceitual entre os tipos de acordos celebrados pela Administração, regidos pelo direito público ou pelo direito privado, Leunda propõe a seguinte definição:

“Usamos el término *Contratación Administrativa* para referirnos tanto a aquellos contratos en los que el Estado actúa en relación de igualdad con el contratante, así como aquellos en los que el Estado se encuentra en relación de supra ordenación respecto a aquel”²²².

Similarmente, Delpiazzo:

"es más apropiado hablar de "contratos de la Administración" o de "contratación administrativa" que de "contratos administrativos" ya que esta última designación ha sido tradicionalmente usada por contraposición a la de contratos privados de la Administración, y tal distinción no es conveniente porque trae reminiscencias de la teoría de la doble personalidad del Estado”.²²³

Em vista do acima, considerando-se que aos contratos da Administração impõem-se a qualidade de norma, e que não há, no ordenamento uruguaio, qualquer vedação ao uso da arbitragem para dirimir eventuais controvérsias de cunho estatal, é que se entende que convenções arbitrais são válidas quando pactuadas entre o Estado e partes privadas contratantes. Em corroboração ao antedito, Zunino esclarece que quando o Estado vai ao mercado, ele deve ser tratado em condições equivalentes com as quais se tratam os particulares²²⁴.

²²¹ LASO, Enríques Sayagués. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4ª ed. Montevideo: Clásicos Jurídicos Uruguayos, 1974, v.1, p. 536-537.

²²² LEUNDA, Jorge Echevarría. *El Arbitraje y Contratación Administrativa*. Montevideo: Revista de Derecho, ano 2, n. 4, 2003, pp. 39.

²²³ DELPIAZZO, Carlos E. Op. cit., p. 257

²²⁴ ZUNINO, Pablo Leiza. Op. Cit., p. 577.

4. CONTRATO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E EMPRESA PÚBLICA

O Uruguai dispõe de um sistema diferente dos demais países analisados no que se refere às sociedades de economia mista e empresas públicas. De fato, quando se trata de intervenção do Estado na economia, na condição de pessoa jurídica de cunho mercantil, remete-se a dois tipos distintos de organização: (i) entes autônomos e (ii) serviços descentralizados, ambos regidos pela seção XI da Constituição Nacional.

Apesar das atividades de mercancia, por vezes, praticadas pelos serviços descentralizados, o fato é que a Constituição Nacional estabelece que todas as práticas relativas a comércio e indústria, concernentes ao Estado, serão desempenhadas na forma de entes autônomos, excetuando-se os serviços de correios e telégrafos, administração de aduanas e portos e gestão de saúde pública. Com efeito, o artigo 186 da Carta Magna outorga menor descentralização a essas modalidades de serviços²²⁵.

Tanto os entes autônomos quanto os serviços descentralizados, são pessoas públicas estatais, criados por lei ou pela Constituição²²⁶, e dotados de personalidade jurídica própria, de maneira a lhes conferir certa liberdade para a prática de suas atividades. Ocorre que os entes autônomos, diferentemente dos serviços descentralizados, gozam de maior independência para a tomada de decisões, já que são administrados por conselhos dotados de autonomia, ao passo que os serviços descentralizados permanecem diretamente submetidos ao Poder Executivo.

Com efeito, enquanto os serviços descentralizados estão adstritos ao rigor da lei, os entes autônomos podem emitir regras, o que os faz confundir funcionalidades de prestador e regulador²²⁷. Aliás, por se atribuir aos entes autônomos a possibilidade de se autorregulamentar, é que não seria incoerente afirmar que a essas entidades compete o

²²⁵ LASO, Enriques Sayagués. *Tratado de Derecho Administrativo*. 3ª ed. Montevideo: Clásicos Jurídicos Uruguayos, 1974, v.2, p. 167.

²²⁶ TORNARÍA, Felipe Rotondo. *Manual de Derecho Administrativo*. 7ª ed. Montevideo: Del Foro, 2009. p. 153.

²²⁷ TORNARÍA, Felipe Rotondo. Op. cit., p. 156.

direito de convencionar pacto arbitral. Afinal, a discricionariedade intrínseca ao ato de regular acaba por conferir ao ente autônomo maior lastro jurídico para, amparado em ato próprio de natureza normativa, optar pela arbitragem.

Nesse tocante, vale retomar a palavras de Laso, quando este, ainda se referindo ao derogado Código de Processo Civil, reforça a possibilidade de entes autônomos e serviços descentralizados submeterem seus litígios à arbitragem. Vejamos:

“En nuestro país ha sido práctica corriente durante muchos años la inclusión de la cláusula arbitral en ciertos contratos, como el de obra pública, sin ponerse en duda la legalidad de ese proceder. Sin embargo, de conformidad con el art. 550 de CPCU, están excluidas del arbitraje todas las causas que ‘requieran la intervención del Ministerio fiscal, como parte’, o sea la generalidad de los litigios con el Estado, pues en ellos los Fiscales de Hacienda actúan como parte necesaria, en representación de aquél. En cambio, la prohibición no alcanza a los litigios en que son parte los demás entes públicos: entes autónomos, servicios descentralizados y gobiernos departamentales, que pueden comparecer directamente por sus propios órganos o representados en distintas formas”²²⁸ (grifos nossos).

Cumprе esclarecer que a Constituição Nacional separa a competência do judiciário comum, do Tribunal de Contencioso Administrativo. Enquanto o primeiro serve para julgar controvérsias entre privados, ao segundo cabe apreciar as disputas que envolvam o Estado, sobretudo, litígios cujos objetos correspondam à anulação de atos administrativos.

Adicionalmente, o artigo 196 da Constituição estabelece que todas as disputas derivadas de atos definitivos dos entes autônomos deverão ser solucionadas pelo Tribunal de Contencioso Administrativo, o que poderia levar à equívoca interpretação de que, tanto o judiciário comum, quanto a arbitragem, estariam descartadas do âmbito de atuação dessas entidades.

Quanto a isso, observa-se que a jurisdição do Tribunal de Contencioso Administrativo se estende apenas à avaliação da legalidade do ato administrativo, sem que

²²⁸ LASO, Enríques Sayagués. Op. cit., v.1, p. 545.

maiores ponderações se façam sobre a sua conveniência ou oportunidade. Dessa forma, encerrada a competência do referido tribunal, isto é, depois de da prolação de uma sentença acerca da anulabilidade do ato impugnado, passa-se a competência ao juízo ordinário, que deverá decidir acerca dos reflexos pecuniários derivados da ação²²⁹.

Em vista do acima, percebe-se que o mérito do ato exercido pelo ente autônomo ou pelo serviço descentralizado corresponde a matérias cujas controvérsias recaem exclusivamente sobre a competência do Tribunal de Contencioso Administrativo, especificamente, quando esses atos são caracterizados como sendo de império e não de natureza convencional ou meramente pecuniária. Todavia, se os atos promovidos por essas entidades tiverem natureza de gestão ou provierem de simples interesse contratual, não há impeditivo para que o juízo ordinário ou a jurisdição arbitral possa ser utilizada em lugar do referido tribunal. A esse respeito, vejamos o que diz Laso:

“En cuanto a los litigios con los entes autónomos y servicios descentralizados, la jurisprudencia introdujo ciertas distinciones. En líneas generales afirmó la competencia del Juzgado de Hacienda para conocer en los juicios en que dichos entes eran actores o demandados. Así ocurrió con los Bancos de la República, Hipotecario y de Seguros, la Administración Nacional de Puertos, el Instituto de Viviendas Económicas, etc. Pero se excluyeron ciertas acciones de dichos entes contra los particulares, cuando se referían al giro industrial o comercial del ente y se fundaban en normas de derecho privado, tales como los juicios por cobro de obligaciones bancarias, ejecución de hipotecas, desalojo de arrendatarios, etc”²³⁰(grifos nossos).

Ademais, pode-se inferir que controvérsias provenientes dessas entidades e que decorram de questionamento sobre atos de império devem ser julgadas, exclusivamente, pelo Tribunal de Contencioso Administrativo. Os valores indenizatórios, por outro lado, devem ser levados a juízo comum, e, paralelamente, podem ser definidos por meio de arbitragem, já que esta, a rigor, se equipara à jurisdição estatal ordinária, para conhecimento de matérias outras que não referentes à legalidade de atos administrativos.

²²⁹ LASO, Enriques Sayagués. Op. cit., v.2, p. 553.

²³⁰ LASO, Enriques Sayagués. Op. cit., v.2, p. 552.

É de se notar, ainda, que tanto entes autônomos quanto os serviços públicos, segundo previsão do artigo 188 da Constituição Nacional, apesar de serem consideradas pessoas jurídicas estatais, podem também ser compostos, parcialmente, por capital privado, estabelecendo-se, assim, uma forma de sociedade de economia mista²³¹. Nesses casos, todavia, exige-se que sejam assegurados ao Estado a maior participação patrimonial e o controle sobre a entidade, o que, no entendimento de Rotondo e Delpiazzo, atribui a essas entidades a qualidade de organização de direito público²³².

Por outro lado, compete ao Estado, também, aportar capital na iniciativa privada, tornando-se sócio de empresas já constituídas, conforme dispõe o parágrafo 2º, da Constituição:

El Estado podrá, asimismo, participar en actividades industriales, agropecuarias o comerciales, de empresas formadas por aportes obreros, cooperativos o capitales privados, cuando concurra para ello el libre consentimiento de la empresa y bajo las condiciones que se convengan previamente entre las partes.

Em casos como esse, em que o Estado busca sociedades privadas para nelas aportar capital – ao contrário do que ocorre quando privados buscam investir em entes autônomos ou serviços públicos – não se exige que a Administração Pública venha a ter participação societária superior ou controle de gestão. Desse modo, confere-se a esse tipo de entidade, a qualidade de organização de direito privado²³³.

Considerando-se o acima, distinguimos dois tipos de sociedades de economia mista: aquelas de direito privado e aquelas de direito público. Por serem as primeiras, consideradas privadas, naturalmente, menores são as restrições para que elas possam dispor de seus direitos, o que lhes torna capazes para submeter suas disputas à arbitragem, se assim lhes convier. Já as sociedades de economia mista de direito público, por serem

²³¹ Idem, p. 245.

²³² “Tal como lo señala ROTONDO, se consagra aquí una organización de Derecho Público – entidad estatal descentralizada – con un minoritario capital privado que no altera sustancialmente la estructura y el funcionamiento de la entidad. Sus particularidades surgen de los dos caracteres básicos de las sociedades de economía mixta: la coparticipación económica y administrativa”. (DELPIAZZO, Carlos E. Op. cit.. p. 503).

²³³ Idem, p 504.

configuradas como entes autônomos ou serviços públicos, devem reger-se como entidades estatais. Dessa maneira, as controvérsias que provenham de seus atos ou contratos devem ser previamente avaliadas, para que se possa concluir se a matéria deve ser levada ao Tribunal de Contencioso Administrativo ou se podem ser levadas à jurisdição comum, isto é, arbitral ou judicial.

5. CARACTERÍSTICAS DAS ARBITRAGENS ENVOLVENDO O ESTADO

5.1. PUBLICIDADE

No Uruguai, da mesma forma como é tratada nos demais países estudados, a confidencialidade das arbitragens não é uma condição ou mesmo um predicado fundamental desse tipo de procedimento. De fato, o CGPU em nenhum momento alude ao sigilo quando regulamenta o processo arbitral.

Dessa maneira, ao se conceber a confidencialidade como uma mera e potencial vantagem conferida à arbitragem, tem-se que, por ser a publicidade dos atos administrativos um requisito para sua validade, os procedimentos arbitrais em que estejam envolvidos entes da Administração deverão, a rigor, ser tornados públicos, franqueando-se acesso das informações aos administrados.

Com efeito, apesar de a publicidade não constar expressamente na Constituição Federal, como um princípio intrínseco dos atos administrativos, a doutrina e a jurisprudência²³⁴, amparadas em artigos esparsos do texto constitucional, elevam a publicidade à categoria de preceito basilar da democracia nacional²³⁵. Dessa forma, apesar de haver espaço para a manutenção de atos sigilosos pelo Estado, estes devem ser

²³⁴ PEREZ BENECH, Viviana. Motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones, *Revista de Derecho*. Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho. Año VIII (2009) – nº 15, p. 51.

²³⁵ A esse respeito, Rocca: “el deber genérico de actuar con transparencia se encuentra en la raíz de nuestro sistema democrático republicano (art. 82, Constitución). Y no cabe dudas que la transparencia es un principio que deriva de la forma republicana de gobierno (art. 72, Constitución).” (ROCCA, María Elena. El principio de transparencia en la gestión administrativa. *Revista de Derecho Público*, Montevideo, FCU., p. 84-85, 2002).

considerados como exceção, valendo a transparência como regra para a gestão pública. Nesse sentido, Perez Benech:

“En cuanto a los requerimientos que deben verificarse para que resulte admisible que la Administración alegue el secreto de las actuaciones, cabe una primera precisión en base a lo expuesto: si la publicidad es el principio general, y el secreto es la excepción, dichas excepciones, es decir, los casos en que se admite el secreto como justificativo de la omisión en la motivación del acto, deben ser interpretadas en sentido estricto”.²³⁶

Convém destacar que a jurisprudência uruguaia inclina-se a admitir que ao Estado compita o direito de não divulgar integralmente as informações que lhe atinem, notadamente, quando amparado por uma legislação que expressamente o autorize a tanto, ou quando entender que os dados não revelados merecem sigilo por guardarem segredos de natureza industrial ou comercial²³⁷.

Nesse tocante, parece plausível que dados específicos, que correspondam a segredos de indústria, quando fizerem parte de autos processuais ou procedimentais, possam, de fato, ser preservados, a fim de evitar danos concorrenciais, tanto ao Estado, como investidor, quanto ao particular, como agente competidor do mercado. Entretanto, essa avaliação deve ser cuidadosamente feita em vista do caso concreto, para que não se permita que interesses individuais prevaleçam sobre interesses coletivos.

5.2. EX AEQUO ET BONO

A legislação uruguaia, assim como a brasileira, não utiliza a expressão *amigable composición* para distinguir a arbitragem com base na cláusula *ex aequo et bono*, da arbitragem de direito, chamando-a apenas de arbitragem por equidade. Entretanto, assim

²³⁶ PEREZ BENECH, Viviana. *Op. cit.* p. 53.

²³⁷ La jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que la Administración niegue la agregación de documentos e información que entiende amparados tanto en el secreto impuesto por una norma específica (como por ejemplo es secreto bancario y secreto tributario), como por el secreto profesional derivado de la especial naturaleza de la información de que se trata, aunque no se trata de una aceptación genérica, sino que la solución concreta surgirá del estudio caso a caso. (Idem, p. 53).

como nos demais países analisados, no Uruguai, esse tipo de procedimento faculta ao árbitro decidir com base em seu senso próprio de justiça, ainda que de modo desatrelado ao direito positivo vigente.

Diferentemente do que ocorre no Brasil e no Paraguai, e de forma equivalente ao ordenamento argentino, o CGPU estabelece que arbitragens por equidade devem prevalecer sobre arbitragens de direito, quando as partes não tiverem convencionado, no pacto arbitral, sobre o tipo de procedimento que será adotado quando do surgimento da disputa. Dessa forma, as arbitragens por equidade são consideradas como regra, sendo a arbitragem de direito a exceção. Vejamos o que diz a lei:

Artículo 477. (...) El compromiso deberá contener:

- 1) Fecha de otorgamiento y nombre de los otorgantes.
- 2) Nombre de los árbitros, sin perjuicio d lo establecido en el artículo 480.4.
- 3) Puntos sobre los cuales debe recaer el laudo. Si no hubiera acuerdo de partes sobre este particular, cada una de ellas propondrá sus puntos y todos ellos serán objeto de arbitraje.
- 4) Procedimiento del arbitraje, si nada se dijera sobre este particular, se estará a lo dispuesto en el artículo 490.
- 5) La mención de si el arbitraje es de derecho o de equidad; si nada se dijere, los árbitros fallarán por equidad (grifos nossos).
- 6) Plazo para laudar.

Contudo, o postulado legal previsto no artigo 477, alínea 5, do CGPU, tem sua aplicação limitada às controvérsias de particulares, uma vez que a Administração Pública deve cingir-se ao critério da juridicidade em todos os seus atos, inclusive quando submetida a processo arbitral. Nesse sentido, Belandro, ao tratar das limitações de uso da arbitragem por equidade, assim esclarece:

“Generalmente se lo prohíbe cuando existe una conjunto de normas protectoras a favor de determinadas personas, generalmente traducidas en un aumento de la formalidad de los actos”.

Note-se que, como nos demais países, a atuação da Administração Pública uruguaia é adstrita ao princípio da legalidade, o qual se encontra fixado, com maior clareza, no

Decreto 500, de 27 de setembro de 1991²³⁸. E por ser dessa forma, é que as decisões de árbitros em disputas que envolvam o Estado devem ser prolatadas com base na legislação, evitando-se que a sentença proferida possa ser alvo de ação de nulidade²³⁹. Em outras palavras, ainda que a convenção arbitral firmada pela Administração não disponha sobre o tipo de arbitragem, se de equidade ou se de direito, as partes e os árbitros devem presumir que a ação arbitral deverá reger-se e ser finalmente julgada com fulcro na lei posta.

5.3. SEDE, IDIOMA E LEI APLICÁVEL

O Uruguai ratificou as Convenções de Nova Iorque e do Panamá, o que o eleva à categoria dos países adequados às melhores normativas da arbitragem internacional. Entretanto, não há, em sua legislação, regras que distingam as arbitragens internas das internacionais, de maneira que os dispositivos gerais do CGPU acabam por regular esses dois tipos de procedimento²⁴⁰.

Contudo, no tocante à execução de sentenças estrangeiras, o artigo 502, interpretado conjuntamente com o artigo 543, do CGPU, estabelece que os laudos arbitrais prolatados por tribunais arbitrais estrangeiros ficam sujeitos às determinações dos tratados internacionais ratificados pelo Uruguai, restando, portanto, para segundo plano as demais normas eventualmente aplicáveis ao processo executivo²⁴¹. Vejamos o que diz a lei:

Artículo 502. Ejecución del arbitraje extranjero. Los laudos expedidos por los tribunales arbitrales extranjeros se podrán ejecutar en el Uruguay, conforme con lo que dispusieren los tratados o leyes respecto de la ejecución de las sentencias extranjeras, en cuanto fuere aplicable.

²³⁸ Art. 2º. La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses general con sometimiento pleno al Derecho y debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales: (1) imparcialidad; (2) legalidad objetiva; (3) impulsión de oficio; (4) verdad material; (5) economía, celeridad y eficacia; (6) informalismo en favor del administrado; (7) flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos; (7) delegación material; (8) debido procedimiento; (9) contradicción; (10) buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario; (11) motivación de la decisión y (12) gratuidad (grifos nossos).

²³⁹ GIUFFRÀ, Carolina. Op. cit., p. 82.

²⁴⁰ PUCCI, Adriana Noemi. Op. Cit., p. 232.

²⁴¹ http://www.ftaa-alca.org/busfac/comarb/uruguay/quesuru_s.asp (consultado em 09.10.2012)

Artículo 543. Laudos arbitrales extranjeros. Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable a los laudos dictados por tribunales Arbitrales extranjeros, en todo lo que fuere pertinente.

Dessa maneira, é possível perceber que, embora o CGPU não faça uma distinção específica entre arbitragens nacionais e internacionais, seus dispositivos acabam por dar tratamento diferenciado a ambos os procedimentos²⁴². Tanto é assim que, ao se referir a “tribunais arbitrais estrangeiros”, o CGPU passa a atribuir à arbitragem um cuidado especial, na medida em que lhe determina a aplicação de acordos internacionais celebrados pelo Uruguai. Com efeito, ao regular dessa forma, o CGPU, traz, indiretamente, dois outros critérios definidores da extraterritorialidade do laudo, previstos na Convenção de Nova Iorque: (i) local de prolação da sentença e (ii) lei processual aplicável à arbitragem²⁴³.

Em vista do acima, e com relação a arbitragens envolvendo a Administração Pública, esclarece-se que não há impeditivo, na legislação uruguaia, para que entes estatais se submetam a tribunais arbitrais estrangeiros ou, nos termos da Convenção de Nova Iorque, que se sujeitem a sentença arbitral prolatada no exterior ou proferida nos termos de lei processual externa. No entanto, assim como nos demais ordenamentos analisados, a sentença arbitral estrangeira será submetida a processo de homologação²⁴⁴ antes de ser tornar exequível no Uruguai, e, para tanto, será observado se a decisão não fere regras de ordem pública ou critérios internos de arbitrabilidade. Está aqui a proteção considerada suficiente pela ordem jurídica uruguaia contra decisões arbitrais internacionais que sejam tidas como atentatórias ao ordenamento nacional²⁴⁵.

²⁴² “En Uruguay resalta la Sentencia n° 161/03 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil del Segundo Turno, de 18 de junio de 2003 (Enersis, S.A. y otros / Pecom Energía, S.A. y otra), que rechazó un recurso de anulación interpuesto contra un laudo en un arbitraje internacional que había establecido su sede en Montevideo, en función de los compromisos internacionales asumidos por ese Estado que obligaban a aplicar un régimen distinto del previsto para el arbitraje interno; en esta decisión se percibe un empeño de convertir a Montevideo como una plaza neutral y segura para los arbitrajes internacionales mediante la conformación de la imagen de un país respetuoso y amante del Estado de Derecho”. ROZAS, José Carlos Fernández. *Una década de consolidación comercial del arbitraje en América Latina*. Disponível em: <http://eprints.ucm.es> >. Acesso em: 02 jan 2013.

²⁴³ Art. 1º, §1º, da Convenção de Nova Iorque.

²⁴⁴ PUCCL, Adriana Noemi. Op. Cit., p. 233.

²⁴⁵ A referida proteção baseada sob a égide do processo de homologação não abrange as decisões prolatadas no âmbito do CIRDI.

O CGPU tampouco estabelece restrições quanto à escolha do idioma por que se devem processar as arbitragens, sejam elas relativas a partes privadas ou à Administração. Desse modo, pode-se admitir que o procedimento seja levado a cabo em qualquer língua, contanto que, ao ser internalizado no país, seus documentos essenciais sejam oficialmente traduzidos para o idioma nacional.

Nesse sentido, o artigo 65 do CGPU estabelece que em todos os atos processuais será utilizado, necessariamente, o idioma castelhano, devendo, se for o caso, contratar um intérprete quando alguém que tenha que ser ouvido não domine a língua nacional do Uruguai. Ademais, o artigo 539 da mesma lei, estabelece que documentos produzidos em idioma estrangeiro deverão ser traduzidos para fins de homologação e execução de sentença arbitral prolatada no exterior.

No que diz respeito à lei aplicável ao fundo da arbitragem, o Uruguai costuma ser considerado um país pouco flexível no tocante à aceitação da autonomia das partes, quando o assunto se refere à escolha de lei. Como entende Rivera, o direito internacional privado desse país inclina-se a exigir o emprego da regra da lei do local de execução do contrato, em vez de valorizar a liberdade de contratação. Assim afirma o autor:

“En cambio en Uruguay la tendencia es francamente opuesta. Los tribunales uruguayos en particular rechazan la autonomía de la voluntad en esta materia y declaran la competencia prácticamente irrestricta de la ley del lugar de ejecución del contrato; sin perjuicio de algunas acciones personales que pueden ser ejercidas ante el juez del domicilio del demandado”²⁴⁶.

Da mesma forma, já se pronunciou Belandro, em sua obra datada de 2002, afirmando que, por muito tempo se entendeu que o direito internacional privado tinha a finalidade de resolver conflito de soberanias, e, por esse motivo, somente o legislador teria competência para regular acerca da legislação aplicável aos acordos firmados entre

²⁴⁶ RIVERA, Julio Cesar. *Arbitraje comercial internacional: la cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto*. Disponível em: <http://www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Publicaciones/Rivera_Arbitraje-Internacional-ley-aplicable-fondo-del-asunto.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2012.

particulares²⁴⁷. Entretanto, nesse mesmo trabalho, o autor demonstra o entendimento de que tal posicionamento parece ter se modificado, ao transcrever a jurisprudência contrária à opinião de Rivera:

“Sin embargo, la posición parece haber cambiado. El Anuario de Jurisprudencia cita el caso n° 385 en el que se manifiesta que *el arbitraje es universalmente aceptado como medio rápido y eficaz para dirimir conflictos surgidos en el ámbito del comercio internacional. El lícitamente pactado debe ser cumplido por los contratantes. No son las partes contratantes quienes pretenden dejar de lado las normas de jurisdicción contenidas en el apéndice del Código Civil. Fue el propio Estado, al ratificar la Convención de Nueva York y adoptarla como ley interna quien las modificó*”²⁴⁸.

Em que pesem as opiniões dos doutrinadores, o fato é que a jurisprudência do Uruguai parece ainda oscilar sobre essa questão, o que não nos permite afirmar peremptoriamente sobre a adoção ou não do princípio da autonomia da vontade das partes, quanto à possibilidade de escolha da lei aplicável ao mérito da arbitragem. Todavia, numa avaliação mais conservadora, sobretudo na perspectiva da contratação administrativa, em que o rigor da legalidade acaba por se potencializar, tendemos a partilhar do parecer de Albornoz, que assim afirma:

“El artículo 2403 del apéndice del título final del Código Civil uruguayo establece que las reglas sobre ley aplicable *no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes*. Dicha voluntad *sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente*. Tal admisión de la autonomía es demasiado restringida. Tanto, que podría dudarse de su misma existencia. De hecho, la doctrina uruguaya tradicionalmente ha interpretado que esta norma rechaza el principio de autonomía de la voluntad. Y esa postura ha sido seguida por los tribunales que, sin embargo, valiéndose de la excepción permitida en el mismo artículo, han aceptado que las partes elijan el derecho del contrato cuando así lo permite la *lex loci executionis*”²⁴⁹.

²⁴⁷ BELANDRO, Ruben B. Santos. Op. cit. p. 174.

²⁴⁸ Idem, p. 175.

²⁴⁹ ALBORNOZ, Maria Mercedes. *El derecho aplicable a los contratos internacionales en los estados del MERCOSUR*. 2009. (<http://www.juridicas.unam.mx>, consultado em 07.01.2012).

VI – QUADRO COMPARATIVO

	Brasil	Argentina	Paraguai	Uruguai
Lei de arbitragem	Lei 9.307/96	CPCNA	Lei 1.879/02	CGPU
Arbitrabilidade subjetiva	Capacidade para contratar	Capacidade para transacionar	Capacidade para transacionar	Capacidade para transacionar
Arbitrabilidade objetiva	Direitos patrimoniais disponíveis	Direitos transacionáveis	Direitos transacionáveis	Direitos transacionáveis
Arbitrabilidade de contratos da Administração	Arbitrável	Arbitrável	Arbitrável	Arbitrável
Lei aplicável ao mérito em arbitragens internacionais da Administração	Brasileira	Argentina	Paraguaia	Uruguiaia
Idioma em arbitragens internacionais	Português (Concessão e PPP)	Livre	Livre	Livre
Sede em arbitragens internacionais da Administração	Brasil	Livre	Livre	Livre
<i>Ex aequo et bono</i> em arbitragens da Administração	Não permitido	Não permitido	Não permitido	Não permitido
Confidencialidade em Arbitragens da Administração Pública	Não permitida, salvo raras exceções, <i>e.g.</i> segredos industriais	Não permitida, salvo raras exceções, <i>e.g.</i> segredos industriais	Não permitida, salvo raras exceções, <i>e.g.</i> segredos industriais	Não permitida, salvo raras exceções, <i>e.g.</i> segredos industriais

VII – CONCLUSÃO

O MERCOSUL, embora tenha passado e ainda passe por dificuldades em seu processo de integração, continua sendo uma instituição almejada de consolidação como bloco regional firme. Para que esse objetivo seja alcançado, entre outros esforços, faz-se necessária a harmonização dos aparatos jurídicos de cada um dos membros, de modo que as maiores incongruências possam ser lapidadas, e, assim, deixar de ser impeditivas ao melhor atrelamento entre as partes.

Para harmonizar é preciso antes conhecer. Este parece ser o entendimento de David, com o qual concordamos de forma irrestrita. Eis que é a partir do conhecimento dos regimentos estrangeiros, que se permite avaliar as peculiaridades de cada sistema, e ponderar sobre as vantagens e desvantagens de cada qual²⁵⁰. Ademais, é o conhecimento que oferece a oportunidade da crítica e da elaboração ou proposição de novos modelos, aprimorados por meio do sopesamento de experiências observadas em comunidades diversas.

Considerando-se o acima, o presente trabalho teve como finalidade o estudo dos sistemas arbitrais dos Estados-membros do MERCOSUL, buscando avaliar a compatibilidade da arbitragem com os contratos celebrados entre agentes privados e entes da Administração Pública. Para tanto, perquirimos na doutrina, jurisprudência e legislação, de cada um desses países, informações que pudessem aclarar o modo como a arbitragem tem sido empregada, internamente, para resolver disputas provenientes de contratos administrativos.

Como esclarecido no início desse texto, e como se pôde depreender da leitura dos itens analisados em cada um dos ordenamentos, partimos das condições estabelecidas pela legislação brasileira para uso da arbitragem pela Administração, e projetamos essas mesmas exigências sobre as ordens jurídicas vizinhas, a fim de avaliar o grau de simetria entre os sistemas. Fazendo assim, cuidamos, também, para não deixar de destacar algumas

²⁵⁰ DAVID, René. Op. Cit., p. 18.

peculiaridades de cada sistema, ainda que ligeiramente fora do escopo da projeção, na intenção de evitar uma formação de opinião viciada pela perspectiva exclusivamente nacional.

Pudemos detectar que um dos principais entraves ao sucesso das arbitragens, de forma geral, corresponde – antigamente, no Brasil e Argentina, e, ainda hoje, no Uruguai – à exigência legal de celebração de compromisso arbitral quando da instalação do litígio, mesmo se as partes já tivessem inserido uma cláusula de arbitragem no contrato do qual proveio a disputa²⁵¹. Com efeito, a jurisprudência brasileira e argentina, ao suprimir a necessidade do compromisso, contribuiu fortemente para o desenvolvimento da arbitragem nesses países, uma vez que excluiu um obstáculo de difícil transposição, quando a relação entre as partes já se encontrava desgastada pela controvérsia principal relativa a desinteligências contratuais.

Assim sendo, no que diz respeito à celeridade para instauração do procedimento arbitral, parece-nos que a legislação uruguaia poderia ser alvo de certa reflexão, a fim de que esta, mediante singela modificação, viesse a franquear às partes litigantes o direito de prescindir da assinatura de compromisso arbitral, caso elas tenham previamente avençado cláusula compromissória cheia.

No tocante à questão da arbitrabilidade, ainda de âmbito geral, pôde-se perceber que a Argentina, Paraguai e Uruguai ainda aludem ao critério da transigibilidade (capacidade de transigir e direitos transigíveis), enquanto, no Brasil, dispõe-se apenas sobre a capacidade de contratar e disponibilidade de direitos patrimoniais.

A esse respeito, entendemos que o Brasil encontra-se mais adequado às melhores práticas da arbitragem, ao tratar as questões arbitráveis (arbitrabilidade objetiva) pelo critério da disponibilidade dos direitos, em lugar da transigibilidade. Note-se que, antes da

²⁵¹ Essa dificuldade não se verifica no Paraguai, uma vez que o ordenamento deste país unificou os significados e efeitos da cláusula e do compromisso arbitral.

sanção da LBA, o ordenamento brasileiro também equiparava o direito transigível ao direito arbitrável.

Entretanto, a nova lei 9.307/96 tratou de extirpar esse conceito, para que se pudesse evitar confusões prejudiciais entre ambos os institutos jurídicos. Com efeito, regulando dessa forma, o Brasil, tornou clara a diferença entre arbitragem e transação, esclarecendo que a primeira tem natureza processual e visa a uma solução jurisdicional sem qualquer renúncia a direito material, enquanto a segunda tem natureza contratual e sua consecução depende de ato renunciante das partes.

No que tange a arbitrabilidade subjetiva, pudemos identificar, na legislação paraguaia, um avanço em relação aos demais ordenamentos, especificamente, quanto à autorização normativa para o uso da arbitragem pela Administração Pública. Como se viu, a própria LPA cuidou de estabelecer, de forma literal, a possibilidade de entes estatais se submeterem à arbitragem, logo, gerando competência inequívoca aos entes da Administração para optar pela inserção de cláusula arbitral em lugar da cláusula de foro comum em seus contratos.

Com relação aos tipos de contratos celebrados pela Administração Pública com agentes privados, pudemos notar que, de forma geral, deve prevalecer o *pacta sunt servanda*, salvo pela excepcionalidade da prerrogativa de exorbitância assegurada ao Estado. Nesse tocante, atos unilaterais derivados de poderes exorbitantes não podem ser objeto de questionamento por arbitragem, mas nada obsta a que a Administração submeta a procedimento arbitral as matérias controversas relativas às derivações financeiras de tal ato unilateral.

Por outro lado, os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista tendem a ser regidos, em sua substância, pelo direito privado, ainda que formalmente possam ou devam se sujeitar a certas regras de direito público. Constatando-se esse caráter híbrido de sujeição, percebe-se que essas entidades, quando participativas do mercado e atuantes em espaço competitivo junto a privados, devem ser tratadas como se

privadas fossem, de modo a não se lhes impor qualquer óbice ao emprego da arbitragem para sanear disputas decorrentes de suas contratações. Contudo, ao atuarem como reguladores, esses entes deixam de atuar na esfera privada e passam a ser vistos à luz do direito público, o que lhes vedaria o uso do sistema arbitral, já que não mais se encontram em âmbito de gestão, mas, sim, de império.

Pôde-se, ainda, perceber que os ordenamentos uruguaio, paraguaio e argentino, ao contrário do brasileiro, não fazem restrição ao uso de outro idioma, que não o castelhano, nem à escolha da sede da arbitragem, quando dela for parte a Administração Pública. E assim regulamentam, em nossa opinião, de forma acertada, pois trazer para seu próprio território a realização do procedimento não gera qualquer garantia de um resultado justo, legal ou, mesmo, satisfatório. Além disso, a exigência de utilização do idioma nacional em arbitragens que envolvam a Administração também não traz segurança adicional, já que os árbitros eleitos poderão, eventualmente, ser estrangeiros, e o uso de outro idioma poderia contribuir para o melhor convencimento desses julgadores.

Por fim, a avaliação dos ordenamentos nos permitiu concluir que arbitragens por equidade devem ser descartadas da esfera de atuação da Administração Pública, pois geram margem à prolação de decisões contrárias à lei, o que diverge dos princípios norteadores do direito Administrativo. Nesse mesmo sentido, no tocante à lei aplicável ao mérito da arbitragem, notamos a tendência de se exigir a aplicação das normas do país de que for parte a Administração Pública. Esse entendimento provém da restrição que se impõe à autonomia da vontade do Estado, em vista da primazia do princípio da legalidade.

IX – BIBLIOGRAFIA

Argentina

AMADEO, José Luis. *Arbitraje Según la Jurisprudencia de la Corte*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 112.

ARROYO, Diego O. Fernández. Los dilemas del Estado frente al Arbitraje Comercial Internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 05, p. 99-128.

BALBÍN, Carlos F. *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2007. v. 1, p. 1104.

BARRA, Rodolfo Carlos. *Los Actos Administrativos Contractuales: Teoría del Acto Coligado*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/d.

BARRAZA, Javier Indalecio. *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 914.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964, t.2.

CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, p. 399.

_____. *La cláusula Arbitral: Evolución Histórica y Comparada*. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario. 2008, p. 432.

_____. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, p. 704.

CÁRDENAS, Sara L. Feldstein de.; HERBÓN, Hebe M. Leonardi de. *El Arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 205.

CASSAGNE, Juan Carlos; YSERN, Enrique Rivero (dir). *Contratación Pública*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. v.2, p. 640.

CAZEAUX, Pedro N.; REPRESAS, Félix. A. Trigo. (1969) *Derecho de las Obligaciones*. 3. ed. La Plata: LEP, 1991.

COLOMBO, Carlos J.; KIPER, Claudio M. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado y Comentado*. 2. ed. La Ley: Buenos Aires, 2006. v. 6, p. 896.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 11. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006, p. 1630.

FASSI, Santiago C.; MAURINO, Alberto L. (1971) *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás Normas Procesales Vigentes: Comentado, Anotado y Concordado*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. t.4.

GARCÍA, Jorge Sarmiento. *Concesión de Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p. 415.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, t. 1, 2003.

HERNANDO, Jesus Luis Abad. *Estudios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

KIELMANOVICH, Jorge L. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. v.2, p. 1080.

KLOR, Adriana Dreyzin de.; ARROYO, Diego P. Fernández (dir). *Arbitraje*. Buenos Aires: Zavalia, 2004. p. 519.

LLAMBIÁS, Jorge Joaquín; BENEGAS, Patricio J. Raffo. *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. v.3, p. 672.

NAVARRINE, Susana Camila; ASOREY, Ruben O. *Arbitraje: Jurisdicción Arbitral en Controversias con el Estado. Proceso Arbitral en Cuestiones Tributarias*. Buenos Aires: La Ley, 1992.

NEIRA, César Carlos. *Entes Reguladores de Servicios: la Defensa Del Usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 320.

PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil: Procesos Arbitrales y Universales*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. v. 9, p. 504.

PUCCI, Adriana N. *Arbitraje en Los Países del Mercosur*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. p. 350.

RIVERA, Julio Cesar. *Arbitraje comercial internacional: la cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto*. Disponible em: <[http:// www.rivera.com.ar /es/assets/Uploads/Publicaciones / Rivera_Arbitraje-Internacional-ley-aplicable-fondo-del-asunto.pdf](http://www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Publicaciones/Rivera_Arbitraje-Internacional-ley-aplicable-fondo-del-asunto.pdf)>. Acceso em: 24 dez. 2012.

ROBIOLO, Jorge Alberto. *Derecho Arbitral*. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 400.

RUFINO, Marco A. *El Proceso Arbitral*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

SAGARNA, Fernando Alfredo (coord.); CIFUENTES, Santos (dir.). *Código Civil Comentado y Anotado*. Buenos Aires: La Ley, 2008. t.2, p. 768.

SESIN, Domingo Juan. *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica: Nuevos Mecanismos de Control Judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Depalma, 2004, p. 492.

TAQUELA, Maria Blanca Noodt. *Arbitraje Internacional en el Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 287.

_____. *El Arbitraje en Argentina*”. Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur y Bolsa de Comercio. 2000

TAWIL, Guido Santiago. *Administración y Justicia: Alcance del Control Judicial de la Actividad Administrativa*. Buenos Aires: Depalma, 1993, v.1., p. 491.

TAWIL, Guido Santiago; LIMA, Ignacio J. Minorini. El Estado y el Arbitraje: primera aproximación. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 14, p. 99-149, 2007.

Brasil

AMARAL JUNIOR, Alberto. *Law and politics: the case of MERCOSUR*. Disponível em <<http://www.uv.es/esil2012/pdf/Junior.pdf>>. Acesso em 15 jan 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Legalidade – Discricionariedade seus Limites e Controle*. RDP n. 86, p. 42-59.

BRAGHETTA, Adriana. *A Importância da Sede da Arbitragem: Visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 413.

CAPUCIO, Camilla. *Comércio Internacional e Integração Regional – A OMC e o Regionalismo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p.190.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado Geral da Arbitragem: Interno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.511.

CELLI JUNIOR, Umberto. Teoria Geral da Integração. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo et al. (Coord). *Em busca de um modelo alternativo: blocos econômicos e integração da América Latina, África e Ásia*. Curitiba, Juruá, 2008.

FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord). *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 370.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 12. ed., 2007, p.1-1004.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 319.

MAGALHÃES, José Carlos de. Do Estado na arbitragem privada. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 71, p. 162-171, 1984.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *Processo Civil e Interesse Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 191-198.

MARTINS, PEDRO A. BAPTISTA e GARCEZ, JOSÉ MARIA ROSSANI (coord.). *Reflexões sobre Arbitragem*. São Paulo: LTR, 2002, p. 57-76.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 2003. 7.ª ed., p. 11-454.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 28. ed, 2003, p. 35-768.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 209, p.88, 1997.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 489.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª. Ed. Vol. XV. 1958. p. 159.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV, v. VI, out. 1946.

SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Direito Público*. São Paulo: Revista Brasileira de Arbitragem, IOB, 2009, n. 22, p. 78-106.

SALLES, Carlos Alberto de. *A Arbitragem na Solução de Controvérsias Contratuais da Administração Pública*, Tese de Livre Docência, 2010, p. 19-458.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da Silva. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, abr. 2002.

RIBEIRO, Jeanezar Ditz de Souza. *MERCOSUL – Direito da Integração e Solução de Controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p.170.

TALAMINI, Eduardo. Idioma e local da arbitragem. *Conexão Migalhas: PPP – Parceria-Público Privada*, Campinas, Millennium Editora, p. 77-80.

Paraguay

ALONSO, Ramón Silva. *Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Paraguayo*. 7. ed. Assunção: Intercontinental, 2003, p. 485.

AMARO, Damián (coord.); GUGGIARI, Lorenzo N. Livieres (dir.). *Ley n. 1.879/02 de arbitraje y mediación*. Assunção: CEPPRO, 2002. p. 39.

AUTORES: MIEMBROS DEL EQUIPO DOCENTE DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN – PARAGUAY. *Arbitraje y Mediación, Sistemas Eficientes de Resoluciones de Conflictos Aplicados a la Contratación Pública*. Cámara Nacional de Comercio y Servicios de Paraguay, Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay: Asunción, p. 64.

BARÁN, Sergio Martyniuk. *Lecciones de Contratos: Derecho Civil*. Assunção: Intercontinental Editora, 2010. p. 516.

CANDIA, Manuel Dejesús Ramírez. *Derecho Administrativo*. 2. ed. Assunção: Litocolor, 2009. p. 857.

MAFFIODO, Salvador Villagra. *Princípios de Derecho Administrativo* (Revisão e atualização normativa de Javier Parquet Villagra). 3. ed. Assunção: Servi Libro, 2009. p. 498.

PAGANO, Hernan Casco. *Derecho Procesal Civil*. 2. ed. Assunção: Litocolor, 2004. p. 579.

PANGRAZIO, Miguel Angel. *Código Civil Paraguayo Comentado*. 5. ed. Assunção: Intercontinental, 2002, t.3, p. 1032.

PLATE, Luis Enrique Chase. *Los Contratos Públicos*. Assunção: Intercontinental, 1998, p. 310.

RODRIGUEZ, José Antonio Moreno (coord.). *Arbitraje y Mediación*. Assunção: Intercontinental, 2003, p. 743.

RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. *Contratación y Arbitraje: Contribuciones Recientes*. Assunção: CEDEP, 2010. p. 324.

VILLAMIL, Manuel Peña. *Derecho Administrativo*. Assunção: Litocolor, 1997, t. 3, p. 655.

Uruguay

ALBORNOZ, Maria Mercedes. *El derecho aplicable a los contratos internacionales en los estados del MERCOSUR*. 2009. Disponible em: <<http://www.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 07 jan. 2012.

BELANDRO, Ruben B. Santos. *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (interno e internacional)*. Montevideo: Asociacion de Escribanos del Uruguay, 2002. p. 210.

BIDART, Adolfo Gelsi, TORELLO, Luis, URIARTE, Enrique Vescovi Gonzalo. *Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay y Leyes Orgánicas* (atualizada e anotada por Rafael Biurrún Berneron e Gonzalo Uriarte Audi). 12ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2010. p. 475.

CARNELLI, Lorenzo Sánchez. La Transacción en la Actividad Pública. *Curso de Graduados 1999*. Montevideo, FCU, v.4, pp. 65-80, 2000.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Contratos: la Transacción*. Montevideo: Del Foro, 2004, t.3. p. 180.

DELACROIX, José Barbé. Contratos Administrativos o Contratos de la Administración. *Curso de Graduados 1988*. Montevideo, FCU, v.1., pp. 11-19.

DELPIAZZO, Carlos E. (1999) *Contratación Administrativa*. 2 ed. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004. p. 544.

GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. 4. ed. Montevideo: FCU, 2008, t. I, v.1. p. 325.

GARCÍA, Ricardo Oliveira Garcia e ARÉCHAGA, Mercedes Jiménez de. *El Arbitraje En Uruguay*. Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur y Bolsa de Comercio, 2000.

GIUFFRÀ, Carolina. *Teoría y Práctica del Proceso Arbitral en el Código General del Proceso*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007, p. 108.

JAIME, Susana Lorenzo de Viega. Arbitraje. *Curso de Graduados 1988*. Montevideo, FCU, v.1., pp. 105-112.

LASO, Enrique Sayagues. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4. ed. Montevideo: Clasicos Jurídicos Uruguayos, 1987, v.2.

_____. *Tratado de Derecho Administrativo*. 3. ed. Montevideo: Clasicos Jurídicos Uruguayos, 1974, v.2.

_____. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4. ed. Montevideo: Clasicos Jurídicos Uruguayos, 1974, v.1.

_____. *Tratado de Derecho Administrativo*. 9. ed. Montevideo: Clasicos Jurídicos Uruguayos, 2010, v.1.

LEUNDA, Jorge Echevarría. El Arbitraje y Contratación Administrativa. *Revista de Derecho*. Montevideo, Universidad de Montevideo, año 2, n. 4, pp. 39-44, 2003.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. *Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo: Imprenta Mastergraf, 2005, v.4. p. 314.

MIRANDA, Julián Eduardo. *El Juicio Arbitral: Comentarios al Título VII, Parte Primera del Código de Procedimiento Civil*. Montevideo: Talleres Gráficos del Estado, 1916.

PEREZ BENECH, Viviana. *Motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones*, *Revista de Derecho*. Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho. Año VIII (2009) – nº 15, p. 37-54.

PRATES, Carlos Mata. Algunos Aspectos del Arbitraje en la Contratación con la Administración. *Curso de Graduados 1999*. Montevideo, FCU, v.4, pp. 59-64, 2000.

ROCCA, María Elena. El principio de transparencia en la gestión administrativa. *Revista de Derecho Público*, Montevideo, FCU, n. 21-22. p. 83 a 88, 2002.

ROSSI, Mónica. *Solución de controversias. Aplicación de Métodos de Resolución Alternativa de Disputas en Contratos de Concesión de Obras y Servicios Públicos*. 2000, p. 19. Disponible em: <<https://docs.google.com>>. Acceso em: 12 mar. 2011.

ROTONDO, Felipe. Conciliación y Arbitraje en Los Contratos Administrativos. *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, FCU, t. 9. pp. 75-82, 2000.

TORNARÍA, Felipe Rotondo. *Manual de Derecho Administrativo*. 7. ed. Montevideo: Del Foro, 2009. p. 477.

VARELA-MÉNDEZ, Edgar J. El arbitraje en la ley marco regulatorio del sector eléctrico. *Estudios en Homenaje al Profesor Enrique Vescovi*. Montevideo: FCU, 2000. pp. 159-168.

VÁSQUEZ, Cristina. Equilibrio entre Eficiencia y Control en las Contrataciones Estatales. *Curso de Graduados 1999*. Montevideo, FCU, v.4, pp. 103-118, 2000.

Outros

ALVIK, Ivar. *Contracting with Sovereignty: State Contracts and International Arbitration*. Portland: Hart Publishing, 2011. p. 320.

BALASSA, Bela. *Teoria da Integração Econômica*. Lisboa : Livraria Clássica Editora A.A. Teixeira & C.A. (Filhos) Ltda., 1964, p. 452.

BUJÁN, Antonio Fernández de. *Derecho Público Romano, Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. 9. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 576.

DAVID, René. *Les grands systèmes de Droit Contemporains*. 7. ed. Paris : Dalloz, 1978, p. 657.

DEVOLVÉ, Pierre. Rapport général. In: Les Solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées : conciliation, médiation et arbitrage. Conseil de l'Europe, 2000. p. 13-34.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado, Parte Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 578.

FOUCHARD, Philippe. *L'Arbitrage Commercial International*. Paris: Dalloz, 1965, p. 611.

GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. p. 240.

PALMA, María Fernanda Vásquez. *Arbitraje en Chile: Análisis Crítico de su Normativa y Jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing, 2009. p. 667.

RACINE, Jean-Baptiste. *L'arbitrage Comercial Internacional et L'Ordre Public*. Paris: L.G.D.J. 1999, pp. 25-26.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 371.

ZWEIGERT, Konrad ; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. 3. ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 1998, p. 714.