REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

Seção: Artigos Científicos

Arbitragem e Administração Pública: um panorama global

Arbitration and Public Administration: a global landscape

João Pedro Accioly

Resumo: Este trabalho analisa como diversos sistemas jurídicos tratam a participação de entes e entidades administrativas em procedimentos arbitrais. Com base no diagnóstico obtido, pretenderemos analisar as tendências verificadas e estudar o papel jurígeno que vem desempenhando as arbitragens internacionais que envolvem o Poder Público. Por fim, tentaremos extrair propostas objetivas para aperfeiçoar o regramento da matéria no Direito brasileiro.

Palavras-chave: arbitragem; Administração Pública; direito comparado; lex mercatoria publica.

Abstract: This article analyzes how other legal systems address the participation of public entities in arbitration procedures. Based on that diagnostic, the tendencies will be verified and the lawmaker role of international arbitrations will be studied. At last, it will point out objective propositions to improve the regulation of the subject under Brazilian law.

Keywords: arbitration; public administration; comparative law; lex mercatoria publica.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n1p01-31

Artigo submetido em: setembro de 2017 **Aprovado em**: dezembro de 2017.

Este conteúdo está protegido pela lei de direitos autorais. É permitida a reprodução, desde que indicada a fonte como "Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo". A RDDA constitui periódico científico da FDRP/USP, cuja função é divulgar gratuitamente pesquisa na área de direito administrativo. Editor responsável: Professor Associado Thiago Marrara.

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM PANORAMA GLOBAL

*João Pedro ACCIOLY**

1 Nota introdutória; 2 A importância geral e especial da perspectiva comparada para a compreensão do fenômeno arbitral; 3 Critérios para a escolha dos países analisados; 4 Delimitando conceitos importantes; 5 Panorama internacional 6; Apontamentos conclusivos; 7 Referências bibliográficas.

1. Nota introdutória

A arbitragem, como se sabe, consiste em mecanismo extraestatal de heterocomposição de conflitos de interesses, informado pela celeridade, *expertise*, consensualidade, confidencialidade e informalidade procedimental.

O processo de admissão das arbitragens, no Brasil, percorreu árduo e acidentado caminho. Houve quem questionasse a constitucionalidade até dos procedimentos arbitrais realizados exclusivamente entre agentes privados, a respeito de direitos patrimoniais incontroversamente disponíveis, mesmo após a edição de diploma autorizativo – a Lei nº 9.307/1996.[1]

Nos domínios da Administração Pública, como era de se esperar, a afirmação do foro arbitral foi ainda mais adversa, demorada e conturbada.[2] De acordo com Marco Antonio Rodrigues (2016, p. 392-293), três impedimentos, de índole constitucional, eram geralmente opostos à utilização da arbitragem para solver litígios administrativos: (i) o princípio da legalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição);[3] (ii) a indisponibilidade do interesse público e (iii) o princípio da publicidade (artigo 37, *caput*, da Lei Maior). Além disso, o disposto no artigo 55, parágrafo 2º, da Lei 8.666[4]

* *Graduado em Direito e Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado e Consultor Jurídico.*

[1] A constitucionalidade da Lei da Arbitragem chegou a ser discutida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do processo de homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence. Naquela oportunidade, 12/12/2001, quatro ministros da Corte se posicionaram pela inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 9.307/96. Em âmbito doutrinário, ver LIMA, 1969, p. 383-385.

[2] Para que se possa dimensionar o quanto, chegou-se a propor emenda à Constituição (PEC nº 29) para impedir que pessoas de direito público pudessem se submeter a arbitragem. O Tribunal de Contas da União, por seu turno, exarou um sem número de decisões declarando a injuridicidade dos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública (e.g., decisão 286/93, decisão 394/95, acórdão 584/03, acórdão 1271/05 e acórdão 1099/06).

[3] Em linhas gerais, argumentava-se que, na ausência de expressa lei autorizativa, a Administração não poderia se submeter à arbitragem. Os adeptos dessa tese lançavam mão de uma visão oitocentista do princípio da legalidade, advogando que todos os atos da Administração deveriam ter o conteúdo preestabelecido pelo legislador.

4 Lei nº 8.666/1993, art. 55, 2º: "Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o

também era suscitado pelos que entendiam não ser possível a submissão da Fazenda Pública ao juízo arbitral.

Antes do advento da Lei nº 13.129/2015, embora já se constatasse forte tendência em favor da arbitragem no direito público brasileiro (capitaneada sobretudo pelo STJ),[5] ainda pairavam muitas dúvidas quanto à possibilidade de participação de entidades administrativas em arbitragens.

Com a recente alteração legislativa, porém, a discussão a respeito da arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública deve ser minorada, na medida em que o § 1º, acrescido ao art. 1º da Lei 9.307/96, é expresso no sentido de que "a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Embora diversos outros problemas ainda careçam de soluções seguras,[6] o ponto central da discussão passou a ser a arbitrabilidade objetiva: definir quais conflitos havidos com entes ou entidades administrativas podem ou não ser resolvidos pelo método arbitral. O aporte trazido pelo Direito Comparado tende a ser muito iluminador para a resolução da questão no Brasil – desafio urgente, pois pior do que a inadmissão *in totum* da arbitragem no Direito Administrativo, é a patológica e persistente indefinição quanto ao que se pode ou não arbitrar.[7]

Mas não é só. Traçar um panorama global a respeito da matéria, sendo a arbitragem o método preferencial para a solução de disputas comerciais internacionais, é fundamental para que melhor equacionemos o fenômeno em si – que, por sua natureza, não depende de uma só legislação nacional e, talvez, em larga medida, já não mais dependa de nenhuma (GAILLARD, 2014, p. 13-59).

disposto no § 6o do art. 32 desta Lei". Defendendo que tal dispositivo configuraria empecilho à realização de arbitragens que envolvessem a Administração Pública, v. BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 95.

[5] STJ, REsp 612.439/RS, rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 14.09.2006: "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 (LGL\1988\3), art.173, § 1.º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste". No mesmo sentido, consulte-se: STJ, REsp 612.345/RS, rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 14.09.2006; STJ, AgRg no MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.08.2006; STJ, EDcl no AgRg no MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJ 30.10.2006.

[6] A título ilustrativo, cite-se o sistema de execução de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração Pública, as arbitragens intra-administrativas, a escolha da câmara e dos árbitros, o grau de publicidade dos procedimentos, as medidas de urgência, os critérios de resolução dos conflitos, os poderes arbitrais associados à análise da juridicidade de atos da Administração, o custeio das arbitragens público-privadas etc.

[7] Em alguns casos relevantes, tribunais arbitrais foram suspensos, por decisão liminar, logo após serem instituídos. A contenda judicial quanto à extensão de suas competências se arrasta com alguma frequência até o Superior Tribunal de Justiça (e.g., CC nº 139519 – ainda em julgamento), consumindo anos e, por vezes, mesmo décadas. Nesse cenário, valores fundamentais às arbitragens – como a segurança jurídica e a celeridade – são frustrados antes mesmo de a atividade cognitiva se iniciar.

2. A importância geral e especial da perspectiva comparada para a compreensão do fenômeno arbitral.

Não há sistema ou instituto jurídico, na contemporaneidade, que possam ser plenamente compreendidos de modo isolado, com abstração do que se passa nos demais países. Em um mundo progressivamente globalizado, não há *Direito 100% nacional*. Como aponta Sabino Cassese (2012, p. 611), o planeta se transformou num 'bazar cultural', onde "não há somente transplantes legais, mas também fertilizações cruzadas, emulações, penetrações, harmonizações e auto-harmonizações".[8]

A abertura ao diálogo jurídico transnacional não só propicia oportunidades de exportar técnicas jurídicas, como ajuda a melhor entender, aplicar, repensar e melhorar o direito interno. "O ponto cego, o outro pode ver" (NEVES, 2014, p. 227).

Na bonita alegoria de Günter Frankenberg (1985, p. 411-412), o Direito Comparado é equiparado ao ato de viajar: "O viajante e o comparatista são convidados a interromper a rotina diária, a encontrar o inesperado e, talvez, a conhecer o desconhecido. Viajar oferece a oportunidade de aprender tanto sobre a cultura e o país visitado quanto sobre a própria cultura e país de origem".

Além disso, novas tarefas incumbidas aos Estados, como o combate ao terrorismo e ao aquecimento global, só podem ser satisfatoriamente desempenhadas com coordenação internacional, inclusive do ponto de vista jurídico – o que propicia a convergência e a uniformização de arcabouços normativos, ao menos setorialmente.

Em paralelo, assim como a política, a economia e a generalidade dos fenômenos sociais, parte cada vez mais relevante do Direito, até mesmo do Direito Público, é produzida e aplicada fora das lindes estatais. Estamos assistindo ao crescimento de espaços e de atores globais que se articulam sem o auxílio dos Estados nacionais e, em vez de territórios e povos, disputam funções (CASSESE, 2012, p. 605). É nesse contexto que há muito se fala, por exemplo, em *lex mercatoria*[9] e, mais recentemente, em autorregulação.[10]

São esses os fatores que, em linhas gerais, demonstram a importância da perspectiva comparada para a melhor compreensão de potencialmente qualquer tema do

[8] Trecho original: "The world has become a 'cultural bazaar', where it is possible to go 'institution-shopping', and consequently move sets of principles from one legal order to another. There are not only legal transplants, but also cross-fertilizations, emulations, penetrations, harmonizations and self-harmonizations".

[9] A lex mercatoria consagra "o primado dos usos no comércio internacional", materializando-se "por meio dos contratos e cláusulas-tipo, jurisprudência arbitral, regulamentação de profissionais elaboradas por suas associações representativas e princípios gerais comuns às legislações dos países". (BARROSO, 2001, p. 93). Sobre o assunto, consultar: OSMAN, 1992; LAGARDE, 1982, p. 125-130; SCHMITTHOFF, 1964, p. 03-20.

[10] Sobre o tema, consulte-se: BOQUIMPANI, 2010; WERNEK, 2009. p. 625-641. BLUNDELL; ROBINSON, 2000.

Direito contemporâneo. No entanto, o comparativismo é especialmente relevante para o estudo da arbitragem, que consiste no principal método de solução de controvérsias internacionais (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 633).

Na ótica dos particulares, preferência pelo método arbitral é ainda mais forte quando uma das partes da avença consista num ente político ou entidade administrativa, eis que os ordenamentos costumam prever benefícios, em termos de direito material e processual, para a sua Administração Pública – que, em geral, também detém grande poder de influência sobre o Judiciário local e maior conhecimento do Direito interno. Os receios costumam ser justificadamente maiores quando a contraparte é um Estado com baixos níveis de institucionalização e desenvolvimento.

As partes estatais, por seu turno, frequentemente apresentam grande resistência em se verem submetidas ao Poder Judiciário de outro país, de modo que a via arbitral exsurge como alternativa preferível também aos olhos dos entes e entidades administrativas que atuam no comércio exterior (MOLL, 2011, p. 156).

Em setores com forte atuação estatal, como o petrolífero, o energético, o de transportes e o de telecomunicações, o quadro exposto pode ser facilmente verificado. Terry Griffiths e Thimothy Tyler (2000, p. 187-198) bem ilustram o argumento ao analisar as arbitragens internacionais no setor de óleo e gás:

> Quando um acordo internacional de petróleo e gás dá errado, as partes irão resolver suas disputas por meio de negociação, litígio ou arbitragem. Se as partes não optarem pela arbitragem e as negociações não forem bem-sucedidas, a situação resultará em litígio. Dado que nenhuma das partes quer que um litígio ocorra na cidade da outra parte – o que ocorre especialmente quando uma das partes é de um país estrangeiro ou uma empresa estatal de óleo e gás – as partes costumam escolher a arbitragem.

Daí a especial importância de uma abordagem comparada para a melhor compreensão do fenômeno arbitral e, mais especificamente, das arbitragens envolvendo entidades estatais: na dinâmica globalizada do comércio internacional não faz sentido que a matéria seja tratada idiossincraticamente por cada país (LOQUIN, 1987, p. 67-75).

As teses que reduziam a arbitragem internacional a um componente de uma determinada ordem jurídica estatal perderam terreno em favor de *abordagens multilocalizadoras* – que consideram os ordenamentos de todos os países que entraram ou potencialmente entrarão em contato com a arbitragem (GAILLARD, 2014, p. 22-30) – e, mais recentemente, de *teorias internacionalistas* – que sustentam que as arbitragens internacionais buscam fundamento em uma ordem jurídica arbitral, desvinculada de ordenamentos estatais, seja o do país da sede, o da execução do contrato ou o da execução da sentença arbitral (GAILLARD, 2014, p. 31-59).

A tendência, a ser comprovada nas páginas seguintes, é justamente a de que o regramento interno das arbitragens envolvendo a Administração Pública está convergindo para um consenso internacional. Aliás, não só a admissão e a regulamentação das arbitragens público-privadas em si estão se uniformizando, como já se sustenta que este é o principal *locus* para o desenvolvimento de uma *lex mercatoria publica*.

Essa é a tese do *Lex Mercatoria Publica Project*, desenvolvida com apoio do *European Research Council* pelo Instituto Max-Planck em parceria com a Universidade de Amesterdam. De acordo com os pesquisadores à frente do projeto, as arbitragens transnacionais entre atores econômicos privados e entidades públicas (*private-public arbtrations*) constituem mecanismo de governança regulatória global.[11-12]

Além de oferecer oportunidade para melhor compreender a legislação brasileira quanto à matéria, bem como possíveis aperfeiçoamentos e alternativas a ela, a perspectiva comparada sobre a participação de organismos estatais em procedimentos arbitrais mostra-se vital no quadrante histórico atual – de intensas trocas comerciais internacionais, de desterritorialização do poder político e do Direito, de diálogos jurídico-culturais, de aprofundamento da globalização.

3. Critérios para a escolha dos países analisados

Um dos maiores problemas de estudos comparados reside na seleção dos objetos a serem analisados. Por vezes, pesquisadores escolhem artificialmente países que subsidiarão a hipótese ou tese que queiram defender, descartando propositalmente os demais. Noutras, opta-se por cotejar realidades tão profundamente desiguais que qualquer comparação se revela inviável. Em alguns casos, o problema é o oposto: justapõe-se objetos idênticos e chama-se isso de comparação.

Aliás, vale a nota, boa parte do que se chama de Direito Comparado, em trabalhos acadêmicos, não passa de breve menção a leis, livros ou decisões judiciais estrangeiras com fins meramente cosméticos. Em geral, não há mais que adornos.

[11] "Rompendo com a visão prevalecente de que as arbitragens seriam apenas um meio para a resolução de disputas individuais, a hipótese do projeto é a de que os árbitros exercem autoridade pública em dois sentidos principais: em primeiro lugar, ao analisar a legalidade de atos e contratos governamentais e, em segundo, ao criar regras que governam as relações público-privadas. Esse processo acontece independentemente de sistemas legais domésticos e de seus processos democráticos; tribunais arbitrais, em outras palavras, se transformam em importantes legisladores transnacionais. O conjunto de normas por eles erigidos é o que o projeto designa como 'lex mercatória publica' – em alusão ao Direito apátrido, gerado por tribunais arbitrais em disputas privadas internacionais, frequentemente denominado de 'lex mercatória'. As arbitragens público-privadas, embora afetem questões centrais ao interesse público, constituem campo amplamente negligenciado da governança global regulatória. Elas repercutem sobre países mundo afora e possuem efeitos transformativos, para a governança pública, comparáveis à europeização e à internacionalização do Direito Público". Tradução livre das informações constantes em: <http://www.mpil.de/de/pub/forschung/archiv/erc-project.cfm>. Acesso em: 01/07/2017.

[12] Para uma análise instigante do papel normogenético dos tribunais arbitrais, consulte-se: SCHILL, 2012, p. 295-297.

Comparar, define Jean Rivero (1995, p. 17), é "estudar, paralelamente, as regras e os institutos jurídicos, para esclarecê-los mediante confronto". Na linha do que se problematizou, a "natureza dessa operação impede que se comparem objetos sem qualquer ponto comum ou sem qualquer ponto de divergência"; de modo que o sucesso da comparação "demanda um grau razoável de diversidade de características, porém aproximação funcional mínima entre os objetos" (MARRARA, 2014, p. 87-98).

Seguindo diretriz proposta por Daphne Barak-Erez, no sentido de que a comparação tende a ser mais frutífera quando os países cotejados pertencem à mesma família jurídica ou compartilham princípios e valores fundantes,[13] optei por priorizar a análise de Estados que se desenvolveram a partir da tradição romano-germânica. Ainda que não mais se tenha rígida distinção entre a *common law* e a *civil law*, parece fora de dúvida que nesta última família os entraves à afirmação da arbitrabilidade de contendas envolvendo a Administração Pública foram significativamente maiores e mais resistentes.

Pertencemos à tradição jurídica da legalidade estrita (lida por alguns, ainda hoje, como necessidade de que o conteúdo do agir administrativo esteja exaustivamente pré-fixado em Lei)[14] e da indisponibilidade e supremacia do interesse público, valores que frequentemente davam esteio a uma visão organicista, muitas vezes confessada, de superioridade da Administração em relação aos particulares. No Brasil, nem mesmo o contrato administrativo foi aceito sem resistência doutrinária,[15] que dirá a arbitragem de litígios envolvendo o Poder Público.

[13] BARAK-EREZ, 2009, p. 487: "The inclination to learn from precedents decided in other jurisdictions is stronger when the basic principles of both the borrowing and the lending systems are similar. Courts find it easier to learn from precedents which have been formulated within their so-called 'legal family' (such as the common law system) or their legal culture understood in the broad sense".

[14] A respeito das possíveis acepções do princípio da legalidade, consulte-se: EISENMANN, 1982, p. 462-472 e ARAGÃO, 2004, p. 51-64.

[15] Relata Di Pietro (2014, p. 264) que os adeptos de tal corrente "argumentam que o contrato administrativo não observa o princípio da igualdade entre as partes, o da autonomia da vontade e o da força obrigatória das convenções, caracterizadores de todos os contratos. Com relação ao primeiro, afirma-se não estar presente porque a Administração ocupa posição de supremacia em relação ao particular. Quanto à autonomia da vontade, alega-se que não existe quer do lado da Administração, quer do lado do particular que com ela contrata: a autoridade administrativa só faz aquilo que a lei manda (princípio da legalidade) e o particular submete-se a cláusulas regulamentares ou de serviço, fixadas unilateralmente pela Administração, em obediência ao que decorre da lei. Mesmo com relação às cláusulas financeiras, que estabelecem o equilíbrio econômico no contrato, alegam os adeptos dessa teoria que não haveria, nesse aspecto, distinção entre os contratos firmados pela Administração e os celebrados por particulares entre si. Quanto ao princípio da força obrigatória das convenções (pacta sunt servanda), seria também desrespeitado no contrato administrativo, em decorrência da mutabilidade das cláusulas regulamentares, que permite à Administração fazer alterações unilaterais no contrato. A autoridade administrativa, por estar vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, não poderia sujeitar-se a cláusulas inalteráveis como ocorre no direito privado. Essa posição foi adotada, no direito brasileiro, entre outros, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007:684). Segundo ele, as cláusulas regulamentares decorrem de ato unilateral da Administração, vinculado à lei, sendo as cláusulas econômicas estabelecidas por contrato de direito comum".

No sistema do *common law*, onde sempre imperou uma lógica de relativa igualdade entre a Administração e os particulares, a afirmação de métodos extrajudiciais para a composição de conflitos entre cidadãos e o Estado, muitos dos quais abertos à profunda consensualidade, não encontrou óbices significativos. Trata-se de realidade tão diversa da brasileira, que a comparação, senão impossível, torna-se pouco proveitosa.

Dentro do escopo acima delineado, debruçar-nos-emos sobre países europeus que, em maior ou menor medida, influenciaram na formação do Direito Administrativo brasileiro (Alemanha, França, Itália, Portugal) e países latino-americanos, que não só provêm do mesmo berço, como compartilham conosco significativos – porém frequentemente esquecidos – laços geográficos, econômicos e culturais (Argentina, Chile e Uruguai).

No entanto, como um dos principais propósitos deste trabalho é traçar um panorama global quanto à participação de entidades administrativas em arbitragens, algumas breves notas serão feitas a respeito dos Estados Unidos, da China, do Japão e do Reino Unido – países que, ao lado da Alemanha, compõem a lista das cinco maiores economias do mundo. Quanto a tais países, o intuito não é propriamente o de comparar; mas o de radiografar – para que uma análise do tema em escala global seja possível.

4. Delimitando conceitos importantes

Os Estados nacionais, incluindo o Brasil, têm utilizado arbitragens para dirimir controvérsias com outros países há séculos. Diversas disputas territoriais, por exemplo, foram solucionadas pelo método arbitral.[16] Essas são as arbitragens de Direito Internacional Público, que costumam ser precedidas pela celebração de um tratado internacional entre as partes do litígio.

Não nos ocuparemos dos procedimentos referidos.[17] Para este estudo, interessam as arbitragens de direito interno e as de direito internacional privado de que um ente político ou entidade administrativa seja parte. Analisaremos, centralmente, as arbitragens que se desdobram dos contratos firmados pela Administração Pública.[18]

[16] Como relata Pedro A. Batista Martins (1997, p. 35), a arbitragem foi utilizada pelo Brasil, dentre outra oportunidades, para solucionar conflitos territoriais com a Argentina (o laudo arbitral, elaborado pelo ex-Presidente dos EUA Grover Cleveland, data de 1900 e foi inteiramente favorável ao Brasil); com a Guiana Francesa (o laudo arbitral, também favorável ao Brasil, foi emitido por Walter Hauser, então Presidente do Conselho Federal Suíço, em 01.12.1900) e com a Bolívia, em 1903, em relação ao atual território do Estado do Acre.

[17] Sobre o tema, consulte-se: MAZZUOLI, 2011, p. 1057/1062 e REZEK, 2014.

[18] Tive oportunidade de anotar, em outro trabalho (ACCIOLY, 2017, p. 101-132), que: "além dos contratos administrativos, haveria os contratos de direito privado celebrados pela Administração, que seriam regidos essencialmente pelo Direito Civil (por exemplo: contratos locatícios ou de seguro). Quando se fala em contratos da Administração Pública, pois, pretende-se referir a gênero do qual os contratos administrativos e os contratos de direito privado celebrados pela Administração são espécies. Sobre o

É importante que também fixemos, de modo preciso, o que se deve entender por i) arbitragens internas; ii) arbitragens internacionais; iii) sentenças arbitrais estrangeiras e iv) sentenças arbitrais nacionais. Essa classificação não ostenta interesse meramente acadêmico; pelo contrário, como se verá em seguida, atrai relevantes consequências jurídicas.

Comecemos pela categoria de mais fácil apreensão. Um laudo arbitral é considerado estrangeiro, sob o prisma do Direito brasileiro, quando tenha sido proferido fora do território nacional. É esse o teor do parágrafo único, do art. 34, da Lei nº 9.307/96.[19] *A contrario sensu*, considerar-se-á nacional a sentença arbitral que houver sido prolatada em território brasileiro.

Essa distinção é relevante, pois as sentenças arbitrais proferidas no Brasil são imediatamente executáveis perante a justiça de primeiro grau. Por outro lado, os laudos arbitrais estrangeiros, a exemplo das sentenças proferidas no exterior,[20] devem ser homologados perante o Superior Tribunal de Justiça para que, só então, possam ser executados (CUNHA, 2016, p. 242-24). É o que dispõe o art. 35 da Lei de Arbitragem.[21]

A distinção entre arbitragens internas e internacionais assume contornos diversos e mais complexos. Considera-se internacional o procedimento arbitral que, por dizer respeito a uma operação comercial internacional, reúna elementos de estraneidade. A literatura, jurisprudência e órgãos internacionais propuseram índices variados para balizar a aludida qualificação.[22] No entanto, diante da falibilidade de todo plexo de critérios objetivos, tem-se preferido diferenciar uma arbitragem internacional de uma interna com base na presença ou não de interesses comerciais de nível internacional.[23]

---

tema, v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 353-356. Na doutrina comparada, defendendo o esbatimento da distância entre tais categorias jurídicas, cf. a clássica obra de ESTORNINHO, Maria João. Réquiem pelo contrato administrativo. Coimbra: Almedina, 2003".

[19] Lei nº 9.307/96, art. 34, parágrafo único: "Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional".

[20] Art. 105, I, I, combinado com o art. 109, X, ambos da Constituição Federal de 1988.

[21] Lei nº 9.307/96, art. 35: "Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça".

[22] Veja-se, por exemplo, a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, art. 1º: "(3) Uma arbitragem é internacional se: a) As partes em uma convenção de arbitragem tiverem, no momento da sua conclusão, as suas sedes comerciais em diferentes Estados; ou b) Um dos locais a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm a sua sede; (i) O local da arbitragem, se determinado na, ou de acordo com, convenção de arbitragem; (ii) Qualquer local onde deva ser cumprida uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o local com o qual o objeto da disputa tenha vínculos mais estreitos; ou c) As partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais de um país". Tradução não oficial realizada por Flavia Foz Mange et alli. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/lei-modelo-arbitragem-elaborada.pdf>. Acesso em 12/07/2017.

[23] Para a Ministra Eliana Calmon (2004, p. 13-14), tem-se entendido "como internacional a arbitragem convencionada no contrato em que há interesses comerciais em nível internacional. Trata-se, como visto,

A razão dessa caracterização é de suma importância, pois, como narra Caio Cesar Vieira Rocha, em arbitragens internacionais a parte estatal não pode alegar embaraços do seu Direito interno para evadir-se do procedimento com o qual tenha previamente assentido:

> No âmbito da arbitragem internacional, entretanto, já vigora há algum tempo o entendimento de que as partes estatais, signatárias de convenção de arbitragem válida, não podem argumentar limitações decorrentes da legislação local para escapar ao processo arbitral. Tal entendimento foi erigido com base na ordem pública internacional e na boa-fé. (ROCHA, 2016, p. 103-126)

Essa orientação foi, inclusive, consagrada pelo art. 2º, item 2, da Lei nº 60/2003 do Reino da Espanha – que assim dispõe:

> Ley nº 60/2003: "Artículo 2. Materias objeto de arbitraje 1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. 2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral".[24]

Essa construção parece tributária da teoria do *venire contra factum proprium* e do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que proscrevem, respectivamente, a adoção de comportamentos contraditórios e a alegação da própria torpeza. Assim, se um Estado ou uma entidade estatal se comprometerem a submeter dada controvérsia à arbitragem internacional, mesmo sendo o referido compromisso vedado por sua legislação interna, a arbitragem desenrolar-se-á regularmente. Tal entendimento deve valer, sublinhe-se, tanto para a arbitrabilidade subjetiva, quanto para a arbitrabilidade objetiva.[25]

As classificações acima apresentadas não se excluem nem se pressupõem; devem ser processadas paralelamente. Com efeito, tanto pode haver laudo estrangeiro em

---

de critério objetivo, identificado pela natureza do litígio e pela natureza dos interesses da parte contratante − comércio internacional. Esse é, aliás, o critério adotado pela Câmara de Comércio Internacional, entidade que abriga um dos mais importantes tribunais de arbitragem, a Corte Internacional de Arbitragem".

[24] Tradução livre: "Artigo 2º. Matérias objeto de arbitragem. 1. São suscetíveis de arbitragem as controvérsias sobre matérias de livre disposição conforme o Direito. 2. Quando a arbitragem for internacional e uma das partes for um Estado ou uma sociedade, organização ou empresa estatal, essa parte não poderá invocar as prerrogativas de seu próprio Direito para eximir-se das obrigações constantes da convenção arbitral".

[25] Se o Estado brasileiro, por exemplo, firmar cláusula compromissória em contrato de concessão petrolífera com empresa multinacional domiciliada no exterior prevendo a arbitrabilidade de sanções de polícia aplicadas pela ANP, não poderá demitir-se do encargo assumido alegando óbice legal que já existia no momento da assinatura da avença. Mutatis mutandis, é o que se passa quando adolescente ludibria terceiros, passando-se por maior de idade, e, depois, alega em juízo a menoridade para se escusar da obrigação assumida.

arbitragem interna - quando, embora a sentença seja proferida por Tribunal arbitral baseado no exterior, não haja elementos de estraneidade no caso apreciado; como laudo nacional em arbitragem internacional – é o caso de a sentença arbitral ser emitida no Brasil, mas o caso apreciado consistir em operação comercial internacional.

5. Panorama internacional

A Convenção Europeia de Arbitragens Comerciais Internacionais, firmada em 1961, é o único documento internacional a tratar da arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública. Em seu segundo artigo, a Convenção prevê que as "pessoas jurídicas de Direito Público possuem o direito de firmar válidos compromissos arbitrais":

> Article 2: RIGHT OF LEGAL PERSONS OF PUBLIC LAW TO RESORT TO ARBITRATION. (1) In the cases referred to in Article 1, paragraph 1, of this Convention, legal persons considered by the law which is applicable to them as "legal persons of public law" have the right to conclude valid arbitration agreements. (2) On signing, ratifying or acceding to this Convention any State shall be entitled to declare that it limits the above faculty to such conditions as may be stated in its declaration.[26]

No entanto, o Tratado reúne um diminuto número de signatários – Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Alemanha, Itália, Luxemburgo e República Moldova – e, no segundo item deste dispositivo, prevê que "ao assinar, ratificar ou aderir a esta Convenção, qualquer Estado deve ter direito de opor limites e condições à faculdade acima concedida".

Embora o *site* do Conselho da União Europeia não registre denúncias formais à Convenção,[27] fato é que alguns dos países signatários não incorporaram este dispositivo. É o caso da Bélgica e da França – Estado pelo qual iniciaremos a nossa incursão pelos ordenamentos estrangeiros.

Como se verá, a França é, dentre as maiores economias do mundo, o país mais restritivo às arbitragens que envolvam a Administração Pública. A proibição, que ainda hoje é a regra, de longa data era extraída do Código de Processo Civil Francês de 1806, que previa que as causas transmissíveis ao Ministério Público não eram

[26] Tradução livre: "Artigo 2º. O direito de pessoas jurídicas de Direito Público de recorrerem à arbitragem. (1) Nos casos referidos no artigo 1º, parágrafo 1º, desta Convenção, pessoas jurídicas consideradas pela Lei como pessoas jurídicas de Direito Público possuem o direito de firmar válidos compromissos arbitrais. (2) Ao assinar, ratificar ou aderir a esta Convenção, qualquer Estado deve ter direito de opor limites e condições à faculdade acima concedida".

[27] Consulte-se o seguinte endereço eletrônico: <http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/042/declarations?p_auth=6ZQqSUfJ>. Acesso em: 12/07/2017.

suscetíveis de arbitragem e que os litígios administrativos eram transmissíveis ao Ministério Público.

Foi o que restou sublinhado, dentre outros precedentes, em célebre decisão do Conselho de Estado de 1986:

> Les personnes publiques ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquelles elles sont parties. (...) Aussi, une clause d'arbitrage avec l'Etat sera nulle et la nullité sera d'ordre publique: si un compromis est souscrit, le juge pourra invoquer d'office ce moyen. (CE, Avis 6 mars 1986, n°339710)[28]

A regra geral do sistema continua a ser, ainda hoje, a proibição de que entidades públicas se submetam a arbitragens (LIN, 2014, p. 43). O disposto nos arts. 2.059 e 2.060, do atual Código Civil Francês, aponta nesse sentido.[29]

A interdição à via arbitral é interpretada de modo ampliativo pelo judiciário francês, sobretudo pela justiça administrativa. Desde 1957,[30] o Conselho de Estado vem entendendo que a proibição alcança todos os entes e entidades públicas, mesmo as autoridades locais e as empresas estatais (inclusive as que exploram, em concorrência com a iniciativa privada, atividades econômicas em sentido estrito).[31]

Indo ainda mais longe, o Conselho de Estado – em decisão proferida em março de 1989 – entendeu que a interdição à arbitragem se estende também aos concessionários e delegatórios de serviços públicos, quanto aos contratos por eles firmados que repercutam sobre a concessão ou delegação respectiva.

No *leading case* examinado pelo Conselho, uma concessionária de rodovia firmou contrato de subconcessão com outra empresa privada, em que constava cláusula

[28] Tradução livre: "As pessoas públicas não podem se evadir das regras de determinação da competência dos tribunais nacionais, remetendo a um árbitro à resolução de litígios de que sejam partes. (...) Além disso, uma cláusula de arbitragem com o Estado será nula e essa nulidade será de ordem pública: se um compromisso for assinado, o juiz pode invocá-la de ofício".

[29] Code Civil Français: Article 2059. Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. Article 2060. On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre.

[30] CE, Ass., 13 décembre 1957, Société Nationale de Vente des Surplus, p. 677, concl F. Gazier. Conforme narrado por SAUVÉ, Jean-Marc. L'arbitrage et les personnes morales de droit public. In: Le Conseil d'État et la Jurisdiction Administrative. Paris, 2009. Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-arbitrage-et-les-personnes-morales-de-droit-public>. e por LIN, Ching-Lan. Arbitration in Administrative Contracts: Comparative Law Perspective. Tese de Doutorado. Paris: Ecole Doctaorale de Sciences Po, 2014, p. 73/74.

[31] Esse entendimento é objeto de consistente crítica por parte da literatura francesa. Nesse sentido, veja-se RIVERO, 1973, p. 265/281.

compromissória. Por ter sido condenada a pagar 46 milhões de francos àquela, a concessionária buscou anular a convenção arbitral e o pedido foi deferido pelo Conselho de Estado (LIN, 2014, p. 77).

Essa postura altamente restritiva à participação do Poder Público em arbitragens parece decorrer, em alguma medida, dos dogmas insepultos do administrativismo francês e da dualidade de jurisdições. Como a análise da validade dos compromissos arbitrais firmados pela Administração é geralmente examinada pela justiça administrativa, que tem como órgão de cúpula o Conselho de Estado, há uma tendência de que a jurisprudência sobre a matéria preze pela exclusividade da jurisdição estatal.[32] Zelar por suas competências, é preservar poder e prestígio.

A única exceção à inarbitrabilidade subjetiva da Administração Pública que havia na França era aquela instituída pela parte final do art. 2.060 do Código Civil Francês: "as entidades públicas de caráter industrial ou comercial poderão ser autorizadas por decreto a firmar compromissos arbitrais". Tal autorização foi concedida somente às seguintes empresas estatais: (i) a *Société Nationale des Chemins de fer Français – SNCF*;[33] (ii) *La Poste*;[34] e (iii) a *Réseau Ferré de France – RFF*.[35] O campo de matérias suscetíveis de arbitragem deve ser demarcado pela lei ou decreto autorizativo.[36]

Mais recentemente, também por expressa autorização legal, admitiu-se que os contratos de parceria público-privada previssem compromissos arbitrais para a solução de controvérsias deles decorrentes. É o que dispõe o art. 11, da *Ordonnance* nº 2004-559, com as modificações introduzidas pela Lei 2008-735, ao prever como cláusula necessária desse tipo de avença a que regule "as modalidades de prevenção e de solução de litígios, incluindo eventualmente a que preveja arbitragem, desde que seja aplicável a Lei francesa" (MAROLLA, 2016, p. 42).

Tramita na Assembleia Nacional francesa, é digno de nota, projeto de lei (PL nº 2.887/2010) que pretende ampliar as hipóteses de arbitragem envolvendo o Estado para todas as disputas contratuais de que a Administração seja parte, com exceção das que concernam à prestação de serviços públicos.

[32] MAROLLA, 2016, p. 39: "A Corte, desde então, registra a excepcionalidade da adoção da arbitragem pela Administração, a qual deve ser restrita a questões específicas. Considera ser contraditório que o Estado organize uma justiça estatal e deixe de a ela submeter os litígios nos quais se encontre envolvido, o que implicaria no reconhecimento do descrédito da justiça estatal".

[33] Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982, article 25.

[34] Loi n°90-568 du 2 juillet 1990, article 28.

[35] Loi n°97-135 du 13 février 1997, article 3.

[36] MAROLLA, 2016, p. 41: "A lei permite, de maneira expressa, o uso da arbitragem pelos estabelecimentos públicos de caráter industrial e comercial que possuírem permissão legal expressa para tanto, nos termos do que dispõe o artigo 2060, alínea 2 do Código Civil. Esses entes podem recorrer à arbitragem para a solução de controvérsias de direito privado de ordem contratual ou extracontratual, ou de direito público. O campo passível de arbitragem de arbitragem e as condições que regem sua utilização são dados pelo decreto que veicular a autorização".

Mesmo na França, o último bastião da inarbitrabilidade do Poder Público, tem-se verificado sucessivas exceções ao que hoje ainda persiste como regra-geral do sistema, sobretudo para as arbitragens internas. No campo das arbitragens internacionais, a participação do Estado em arbitragens vem sendo progressivamente admitida pelos tribunais franceses (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 640).

Outro exemplo desse movimento é que os países intensamente influenciados pelo Direito Administrativo francês vêm também flexibilizando a rígida restrição de outrora. É o caso da Bélgica, que já admite a utilização da via arbitral para dirimir quaisquer contendas com a Administração, quando haja autorização por lei específica ou por decreto adotado pelo Conselho de Ministros.[37]

Da França, viajaremos para a Itália. O Direito Administrativo flutua ao sabor das circunstâncias políticas e o tratamento legislativo da matéria na Itália bem evidencia isso. Conforme relata Marco Corsini (2008, p. 3.803-3.808), a participação de entidades administrativas em arbitragens foi totalmente vedada pela Lei de Contratos Públicos de 1994. Em 1995, nova versão da Lei admitiu, de modo muito amplo, o que há pouquíssimo tempo havia se proibido em termos absolutos.

Nos anos que se seguirem, decisões judiciais – como a decisão nº 152, de 9 de maio de 1996, da Corte Constitucional – e novas leis alteraram profundamente o tratamento da matéria.

Em 2008, por meio de Lei Financeira,[38] suprimiu-se retroativamente (de 30/09/2007 em diante) a arbitrabilidade dos contratos públicos de trabalho, serviços e fornecimento firmados pela Administração Pública direta e indireta (inclusive as estatais). Este movimento legal foi motivado em razão dos custos dos procedimentos arbitrais serem maiores do que os da justiça administrativa estatal; a Administração restar sucumbida com maior frequência perante tribunais arbitrais e pelo fato de grande parte das sentenças arbitrais judicialmente questionadas pelo Governo acabarem anuladas (DE LUCA, 2013, p. 67).[39]

Em 2010, com a edição do Decreto-Legislativo de nº 53, que alterou diversos dispositivos do Código de Contratos Públicos, a arbitragem voltou a ser francamente permitida. O art. 12, do referido Código, dispõe que "a controvérsia concernente a direito subjetivo reservada à jurisdição administrativa pode ser resolvida mediante

[37] Código Judiciário da Bélgica, artigo 1676, parágrafos segundo e terceiro. Ver também: MAROLLA, 2016, p. 43/44.

[38] Na Itália, a Lei Financeira é uma espécie de lei orçamentária. A Lei Financeira de 2008 foi promulgada em 24 de dezembro de 2007, sob o número 244.

[39] Confira-se o trecho original, em italiano: "Per capire quali fossero state le ragioni alla base del radicale cambiamento di rotta, bisogna passare in rassegna la relazione illustrativa della legge finanziaria 2008; in particolare venivano posti alla base del divieto dell'istituto arbitrale una serie di motivazione, tra le quali (i) i costi elevati dei giudizi arbitrali rispetto al giudizio ordinario; (ii) la soccombenza della Pubblica Amministrazione nella stragrande maggioranza dei giudizi arbitrali e (iii) i lodo arbitrali impugnati venivano quasi sempre dichiarati nulli dalla Corte d'Appello".

arbitragem formal de Direito na forma do artigo 806 e seguintes do Código de Processo Civil".[40]

A exemplo do que ocorre no Brasil, na Itália, o principal desafio agora é definir o campo de matérias que podem ser levadas à instância arbitral; é interpretar a expressão "*diritti soggettivi*" que, a exemplo da nossa locução ("direitos patrimoniais disponíveis"), foi importada do direito privado para o público.[41]

Da Itália, iremos à Portugal – um dos países da tradição romano-germânica mais favoráveis à arbitrabilidade de contendas com a Administração. A Constituição de Portugal, por exemplo, contém autorização expressa à instituição de tribunais arbitrais (CP/74, art. 209, nº 2).

Desde o final do século passado, o Supremo Tribunal Administrativo vem entendendo que as relações de direito privado da Administração, as questões meramente contratuais das avenças administrativas e as os pleitos de responsabilização civil por atos de gestão pública podem ser objeto de arbitragem.[42] Essa jurisprudência, ao menos em parte, foi convertida em lei:

> Lei nº 63/2011 – Lei das Arbitragens Voluntárias, art. 1º, 5: "O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizados por lei especial ou se elas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado".

O tema também é tratado no Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Antes da importante reforma de 2015, o CPTA, em seu art. 180, 1, assim dispunha:

> "Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de: a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução; b) Questões de responsabilidade civil extra-

[40] CCP, art. 12: "Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti".

[41] "Una questione ancora aperta: quali controversie relative a diritti siano compromettibili in arbitri. Tra i nodi lasciati irrisolti dal codice, una questione ancora dibattuta concerne il modo di intendere la locuzione «diritti soggettivi» in seno all'art. 12 c.p.a. E, cioe`, se, quando tale disposizione parla di «controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo»: a) si debba far riferimento, soltanto ai diritti soggettivi tout court o possano essere investiti da arbitrato, ad esempio, anche i profili relativi al risarcimento della lesione degli interessi legittimi; b) si debba restringere il campo alla sola giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ovvero si possano ritenere compromettibili in arbitri anche le controversie relative a diritti riconducibili alla giurisdizione generale di legittimitá". (SANDULLI, 2013, p. 205-211).

[42] Nesse sentido, confira-se o acórdão proferido pelo STA, em 14/05/1988, nos autos do processo nº 42938. Sobre o ponto, MAROLLA, 2016, p. 49.

> contratual, incluindo a efectivação do direito de regresso; c) Questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva".

Em sua nova redação, o CPTA encampou tratamento ainda mais favorável ao instituto da arbitragem na seara da Administração – admitindo, salvo disposição específica em sentido contrário, a apreciação da validade de atos administrativos (em geral) e de demandas respeitantes a relações jurídicas de emprego público.[43] Para Tiago Serrão (2017, p. 477-478), as mudanças "colocaram um ponto final na conhecida (embora paulatinamente enfraquecida) resistência à arbitragem administrativa em domínios 'não disponíveis'"; podendo-se falar no "fim da posição primacial (quanto à extensão de matérias sindicáveis)" que a jurisdição estatal detinha face aos tribunais arbitrais, em matéria administrativa.

O CPTA, em seu art. 185, segue excluindo do alcance das arbitragens a competência para apreciar pleitos de responsabilidade civil relacionados ao exercício da função política, legislativa ou jurisdicional. No entanto, na revisão do CPTA, incluiu-se um segundo e importante dispositivo ao mencionado artigo – que determina que os árbitros, ao examinarem a legalidade de atos ou contratos públicos, decidam "estritamente segundo o direito constituído, não podendo pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo a equidade".[44]

A leitura do artigo 182 do CPTA indica, quase insuperavelmente (do ponto de vista gramatical), que as arbitragens solicitadas com base no art. 180 seriam compulsórias para a Administração. Ou seja, o particular poderia recorrer à instância arbitral unilateralmente: "O interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no artigo 180.º pode exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral, nos termos da lei".

No entanto, o dispositivo não vem sendo interpretado assim pela literatura. De acordo com Fausto de Quadros, no que é acompanhado por Mário Aroso, não há direito potestativo do particular à via arbitral. A Administração deveria, apenas,

[43] Observe-se a nova redação do art. 180, do CPTA: "1 - Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de: a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução; b) Questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas; c) Questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário; d) Questões respeitantes a relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional".

[44] A disposição parece corresponder "à moeda de troca" (SERRÃO, 2017, p. 499) da admissão da arbitrabilidade, inclusive no que respeita ao exame de validade, dos atos administrativos em geral: atos unilaterais de autoridade, certamente distantes da lógica da disponibilidade e do mundo do Direito Privado. É um dispositivo a ser celebrado e, a rigor, deveria condicionar o exame da validade de atos administrativos também perante o Poder Judiciário estatal.

responder justificadamente ao requerimento apresentado pelo administrado (QUADROS, 2012, p. 47; MORAIS, 2013, p. 133).

O Código de Contratos Públicos revisto, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2018, em diversos artigos, prevê a possibilidade de dirimir litígios havidos em contratos administrativos por meio do método arbitral (*e.g.* arts. 311, 330, 332, 373 etc.). Em outros preceitos, o Código exclui expressamente o cabimento de arbitragem (*e.g.* art. 313, nº 3 – disputas quanto ao fundamento de modificações contratuais unilaterais por interesse público). O CCP revisto (art. 476, 2, 3 e 4) privilegia fortemente as arbitragens institucionais em detrimento das *ad hoc*, prevendo ainda que, quando a Administração opte por utilizar a arbitragem para dirimir disputas relacionadas a um contrato público, deve-se exigir dos candidatos e concorrentes, como condição para participar da licitação, a aceitação do compromisso (SERRÃO, 2018*a*, p. 96).

A meu ver, a pior inovação da revisão do CCP está no art. 476, nº 5 – que prevê o cabimento de recurso, com efeito meramente devolutivo, para o tribunal administrativo territorialmente competente, se o valor da causa for superior a 500 mil Euros. Por impedir a rápida estabilização decisória e submeter as decisões arbitrais a um controle judicial de mérito, essa disposição mostra-se totalmente descompassada do instituto arbitral (SERRÃO, 2018*b*, 986-987), tal como ele vem se desenvolvendo no mundo e em Portugal (*vide* a LAV e o CPTA).

Em paralelo, convém destacar que Portugal é um dos poucos países do mundo a permitir que disputas laborais (contra o Estado) e tributárias sejam dirimidas em tribunais arbitrais.[45] O Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), instituição privada fundada por associações patronais e sindicais,[46] está autorizado, desde 2009, a dirimir conflitos concernentes a empregos e contratos públicos e, desde 2011, a resolver contendas fiscais (Decreto-Lei nº 10/2011).

O pródigo modelo português parece estar colhendo bons resultados, no entanto peca pela complexidade. Há regras demais e elas estão dispersas em variados diplomas – o que acaba propiciando dúvidas, dificuldades, colisões normativas. O aperfeiçoamento do sistema lusitano, seguramente, passa por sua simplificação.

Deixando Portugal, rumamos para a nossa última parada europeia: a Alemanha. Talvez a Alemanha tenha chegado à melhor fórmula de fixação do campo de arbitrabilidade objetiva. Ela não exige que os direitos controvertidos sejam concomitantemente patrimoniais e disponíveis. Para a Lei alemã, qualquer direito patrimonial pode ser objeto de arbitragens. No entanto, também se admite a arbitrabilidade de conflitos não pecuniários, aí sim, desde que disponíveis (preservando-se nesta

[45] Vide Decreto-Lei nº 10, de 20 de janeiro de 2011. Em sede doutrinária, ver FIGUEIRAS, 2013, p. 81-102.
[46] Estatuto Social do CAAD, art. 4º. Disponível em: <https://www.caad.org.pt/home/caad-estatutos>. Acesso em 22/07/2017.

hipótese a acepção civilista de disponibilidade; o que naturalmente excluí a sua aplicação em lides de que o Estado seja parte).[47]

Para a Administração Pública e os administrados o que interessa é que: quaisquer conflitos que tenham por objeto direitos pecuniários podem ser resolvidos pelo método arbitral. Na Alemanha, assim como em Portugal, há instituições extraestatais, porém reconhecidas pelo Poder Público, que realizam mediações e arbitragens em matérias tipicamente administrativas. A SÖP, por exemplo, *ex vi* da Lei de Resolução Extrajudicial de Litígios de Consumo, resolve extrajudicialmente conflitos consumeristas com concessionárias de transporte.

Na América do Sul, a nossa viagem começará pelo Uruguai. Não há, no ordena-mento uruguaio, dispositivo que regule a arbitrabilidade subjetiva. O *Código General del Proceso de Uruguay* demarca somente o campo de arbitrabilidade objetiva: "não podem ser submetidas ao processo arbitral as questões a respeito das quais esteja proibida a transação".[48]

A interpretação do dispositivo transcrito foi, durante anos a fio, o cerne do debate quanto à possibilidade de a Administração Pública assumir a condição de parte em processos arbitrais (SALLA, 2015, p.136/137). A jurisprudência, segundo relata Ruben Belandro (2002, p. 80), acabou posicionando *favor arbitrandum*:

> Caso nº 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 empresário, porque ella no se encuentra consagrada em ninguna disposición expressa de la Ley Orgánica municipal, ni de su historia, di se su espíritu, desde que no existe ninguna disposición legal que prohíba al Municipio comprometer en árbitros sus controvérsias.
>
> ***
>
> Caso nº 1.667 – el Municipio de Montevideo está capacitado para comprometer en árbitros, desde que falta um texto legal categórico que disminuya o elimine esa facultad. No es, por lo demás, correcto que si el Municipio há impuesto em su pliegos de condiciones esse

[47] "CPC, Section 1030 - Eligibility for arbitration (1) Any claim under property law may become the subject matter of an arbitration agreement. An arbitration agreement regarding non-pecuniary claims has legal effect insofar as the parties to the dispute are entitled to conclude a settlement regarding the subject matter of the dispute. (2) An arbitration agreement regarding legal disputes arising in the context of a tenancy relationship for residential space in Germany is invalid. This shall not apply to the extent the residential premises concerned are of the type determined in section 549 subsection (2) numbers 1 to 3 of the Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB). (3) Any stipulations of the law outside of the present Book, according to which disputes may not be subjected to arbitration proceedings, or only if specific prerequisites have been met, shall remain unaffected hereby".

[4848] CGPU, art. 476: "No pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción".

> requesito, impugne luego su aplicación cuando sea el caso de aplicarlo

Com o passar dos anos, o Uruguai tem intensificado o uso da via arbitral para solucionar conflitos entre Administração Pública e administrados, especialmente os atores privados que com aquela se relacionem contratualmente. Exemplo disso é que a Lei uruguaia sobre Parcerias Público-Privadas, aprovada em 2011, impõe a arbitragem como único método de solução de controvérsias decorrentes da aplicação, interpretação, execução, cumprimento ou extinção de contratos de PPP.[49] A literatura uruguaia vem denominando procedimentos do gênero de "*arbitraje necesario-legal*".

O único limite objetivo que a doutrina vislumbra à atuação dos tribunais arbitrais nos domínios da Administração Pública são as competências exclusivamente atribuídas pela Constituição ou legislação a determinado órgão judicial ou administrativo. Assim, tem se entendido que não cabe à autoridade arbitral revogar ou anular atos administrativos nem declarar, mesmo que incidentalmente, a inconstitucionalidade de leis (GUTIÉRREZ, 2012, p. 394/395).

Cruzando o Rio da Prata, chegamos à Argentina – que, historicamente influenciada pelo administrativismo francês, resistiu bastante ao avanço arbitral sob os domínios da Administração Pública.[50]

Uma relevante peculiaridade argentina é que a competência para legislar sobre processo civil é atribuída concorrentemente ao ente federal e aos entes locais – sendo a arbitragem considerada procedimento especial, matéria sobre a qual compete às províncias legislar (ROBIOLO, 2007, p. 167). Assim, enquanto em Santa Fé a arbitragem é largamente admitida,[51] o Código de Processo Civil de Mendoza proíbe que todas as entidades públicas da província participem de arbitragens.[52]

---

[49] Ley nº 18.786, de 19/08/2011, Artículo 54: "Para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la aplicación, interpretación, ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos celebrados en el marco de la presente ley, las partes deberán recurrir al arbitraje".

[50] GORDILLO, 2006, p. 527: "Existen, por um lado, muchos tratados que admiten el arbitraje internacional em los conflitos com la Administración, pero hay uma tradición normativa local, muy arraigada, contraria al arbitraje. En todo el mundo y también entre nosotros se declama acerca de la necesidad de promover medios alternativos de resolución de conflictos, el principal de los cuales es el arbitraje: Pero cuando llega el momento de utilizarlo, alguna parte reacciona con inusitada prevención o timidez, y subsisten impertérritos los mecanismos tradicionales con sus conocidos defectos".

[51] Segundo Roque Caivano, o Código de Processo Civil de Santa Fé permite que quaisquer pessoas que saibam ler e escrever podem dirimir qualquer conflito jurídico pela via arbitral. CAIVANO, Roque. Arbitraje. 2. Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, p. 111.

[52] CPC de Mendoza, art. 295: "Cuando la ley así lo disponga o lo convengan los interesados, podrá deferirse la resolucion de una o mas cuestiones determinadas, al juicio de arbitros de derecho, amigables componedores o peritos arbitros. El arbitraje voluntario no procede sobre derechos indisponibles o cuando esta interesado el orden publico. El estado provincial y sus dependencias no pueden someter sus cuestiones al arbitraje voluntario. Tampoco pueden hacerlo los representantes legales de los incapaces, sin autorización judicial".

Em âmbito nacional, o Código de Processo Civil argentino prevê que "as pessoas que não podem transigir não podem firmar compromissos arbitrais" (CPCNA, art. 738). No entanto, a literatura portenha entende não ser vedado que a Administração transija, bastando para tanto existir autorização legal ou da autoridade competente (CIFUENTES, 2008, p. 27; CAZEAUX, 1991, p. 487).

A Lei nº 23.982/1991, aliás, expressamente autorizara que o alto Poder Executivo Nacional (Presidente e Ministros de Estado) transacionasse, desde que aprovado pelo Tribunal de Contas e homologado judicialmente, e firmasse compromissos arbitrais, quando seja conveniente para os interesses de Estado.[53]

Guido Tawil e Ignacio Lima (2007, p. 125/126) relatam que a Corte Suprema da Argentina entende ser lícito que o Estado participe de arbitragens nos casos em que atua como particular ou nas hipóteses em que haja autorização legal.

A Lei nº 27.328, promulgada em 17 de fevereiro de 2017, permitiu que qualquer controvérsia oriunda de contrato de Parceria Público-Privada possa ser dirimida em instância arbitral. As arbitragens realizadas em território argentino podem ser pactuadas pela autoridade responsável pela assinatura do contrato de PPP. As arbitragens realizadas no exterior, contudo, sujeitam-se à aprovação do Executivo Nacional e precisam ser comunicadas ao Congresso Nacional.[54]

[53] Ley nº 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 N° 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".

[54] Lei nº 27.328/2017, artículo 25: "1. En el Pliego y en el Contrato PPP podrá encomendarse la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras de reconocida trayectoria en la materia. En tal caso, los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras regirán el proceso arbitral e integrarán el contrato de arbitraje. 2. El Tribunal Arbitral estará integrado por UNO (1) o TRES (3) árbitros de derecho. En el supuesto en que el Tribunal Arbitral esté integrado por UN (1) árbitro, el mismo será designado por acuerdo entre las Partes o, en su defecto, por la entidad administradora del arbitraje designada o por el órgano que se prevea en el Pliego o en el Contrato PPP. En el caso restante, los árbitros serán designados, UNO (1), a propuesta del Ente Contratante, UNO (1) a propuesta del Contratista PPP y UNO (1) que será nombrado por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el órgano que se prevea en el Pliego o en el Contrato PPP. El Pliego podrá prever que el presidente del tribunal no podrá tener la nacionalidad de ninguna de las Partes o de cualquier accionista que tenga más del DIEZ POR CIENTO (10%) de las acciones del Contratista PPP. 3. En el Contrato PPP las Partes deberán reconocer: (i) que la cláusula o contrato de arbitraje es autónomo respecto del Contrato PPP con el que se relaciona, por lo que la eventual ineficacia

Atravessando os Andes, chegamos ao Chile. Tal como na Argentina, a matriz do Direito Administrativo chilena é europeia, sobretudo francesa e espanhola. Assim, não é difícil intuir que a introdução da arbitragem no campo da Administração Pública não foi processo simples nem rápido.

Como no Brasil, a arbitragem em si foi conquistando o seu espaço gradualmente. Eduardo Jequier relata que:

> A evolução do instituto arbitral nas últimas décadas demonstra como, cada vez mais, matérias consideradas comumente como inarbitráveis tem cedido terreno à arbitrabilidade de forma paulatina e crescente, abrindo assim caminho a esta forma alternativa de solução de controvérsias em terrenos que antes lhe eram vedados. É o que ocorre, por exemplo, com a arbitragem administrativa ou de Direito Público e, mais concretamente, com a arbitrabilidade daquelas controvérsias que tenham como causa matérias de ordem negocial em que intervém o Estado por meio de seus órgãos.[55]

Tal como no Uruguai, a legislação chilena prevê casos de *"arbitraje forzoso*", como na Lei de Concessões de Obras Públicas e na Lei sobre Financiamento Urbano Compartido.[56] Para os contratos de concessão de serviço público, a arbitragem é

de éste no obsta a la validez de la cláusula o del contrato de arbitraje, y los árbitros conservarán su competencia, aun en caso de nulidad del Contrato PPP, para determinar los respectivos derechos de las Partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones, y (ii) que la cláusula o el contrato de arbitraje otorga al Tribunal Arbitral la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia, el alcance o validez de las cláusulas o contrato de arbitraje o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. 4. En caso de optarse por arbitraje que tenga sede fuera del territorio de la REPÚBLICA ARGENTINA, la respectiva cláusula arbitral o el contrato de arbitraje deberán ser aprobados por el PODER EJECUTIVO NACIONAL. Dicha aprobación deberá ser comunicada por el JEFE DE GABINETE DE MINISTROS al HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN".

[55] "La evolución del instituto arbitral en las últimas décadas demuestra cómo, cada vez más, materias consideradas comúnmente como inarbitrables han ido cediendo terreno a la arbitrabilidad en forma paulatina y creciente, abriéndose así camino a esta forma alternativa de solución de controversias en terrenos que comúnmente le estaban vedados. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el arbitraje administrativo o de Derecho público y, más concretamente, a la arbitrabilidad de aquellas controversias que traen causa en materias del orden negocial en que interviene el Estado a través de sus órganos". (JEQUIER, 2013, p. 113).

[56] "Tratándose en primer término del arbitraje forzoso, y sin detenernos a analizar aquí la innegable contradicción conceptual que subyace en la imposición por ley del arbitraje sobre materias disponibles en derecho6, pueden citarse como ejemplos de lo dicho (a) el art. 36 de la Ley sobre Concesiones de Obras Públicas, D.F.L. N° 164 del año 1991, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto N° 900 del Ministerio de Obras Públicas, de 31 de octubre de 1996 (D.O. de 18 de diciembre de 1996), que regula el contrato de concesión de obras públicas; y (b) la Ley Nº 19.865, sobre Financiamiento Urbano Compartido (D.O. de 1 de abril de 2003), que establece también un sistema de Comisiones Conciliadoras que pueden transformarse en 'Comisiones Arbitrales', similares en todo a los contemplados en la recién nombrada ley de Concesiones de Obras Públicas". (JEQUIER, 2013, p. 127).

possível, porém voluntária.[57] Leis esparsas também autorizam, com ampla discrição objetiva, determinadas autoridades a firmarem compromissos arbitrais.[58]

Enquanto a literatura chilena tem defendido majoritariamente que o poder de dirimir conflitos em sede arbitral não requeira autorização legal expressa (VÁSQUEZ PALMA, 2009, p. 118/126), a jurisprudência administrativa sobre o tema ainda mantém antigo entendimento no sentido de ser necessária Lei autorizativa para que entidades públicas participem de arbitragens.[59] Oportunamente, no entanto, o parlamento do Chile tem aprovado diversas leis que habilitam grande número de entidades públicas a firmarem – cada vez mais amplos – compromissos arbitrais.

A nossa viagem se encerra com rápidos sobrevoos pela Inglaterra, Estados Unidos, China e Japão. Na Inglaterra, como relata Maria João Estorninho (2006, p. 195), a arbitragem é especialmente difundida e incentivada, inclusive no que toca aos contratos governamentais – os quais, via de regra, estabelecem cláusula compromissória.

Por razões históricas, as contratações realizadas pela Administração inglesa sujeitam-se, em larga medida, ao mesmo regime jurídico aplicável aos negócios firmados entre particulares. Não há grande desigualdade jurídica entre o particular contratado e a entidade governamental contratante; não abundam cláusulas exorbitantes que decorram diretamente da Lei; não se tem jurisdição dual; não se fala em

[57] Ley de Chile n° 18.803 y su Reglamento (D.S. N° 21 de 16 de enero de 1990, Ministerio de Hacienda).

[58] "En otros casos, en fin, la ley ni siquiera condiciona la vía arbitral a una determinada materia de la que deba traer causa la controversia en que interviene el órgano público, sino que la autoriza de manera directa e incluso indirectamente. a) Como ejemplos de la primera situación planteada, de autorización amplia y directa de arbitrabilidad, puede mencionarse (a) el caso contemplado en el art.19 del D.L. N° 2763 de 1979, que reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud (D.O. de 3 de agosto de 1979), en donde se autoriza expresamente al Director del Servicio de Salud respectivo, en cuanto jefe superior del Servicio, para designar árbitros en términos amplios, con la sola limitación de no poder asignarles la calidad de arbitradores ni otorgarles sus facultades a los que sean de derecho9; y (b) el caso regulado en el art. 58 de la Ley N° 18.482 (D.O. de 28 de diciembre de 1985), interpretativo del art. 25 de la Ley N° 6.440 (Ley Orgánica de la Corporación de Fomento de la Producción –CORFO–, D.O. de 10 de enero de 1941), en donde se señala expresamente: "Art. 58.- Declárase, interpretando el artículo 25º de la Ley Nº 6.640, que la Corporación de Fomento de la Producción ha estado y está facultada para pactar toda clase de arbitrajes en los contratos que ella celebre". b) Como ejemplo de la segunda situación mencionada, de autorización amplia e indirecta de arbitrabilidad como se dijo, puede citarse lo dispuesto por el art. 65 letra h) de la Ley N° 18.695, Orgánica de Municipalidades (DFL N° 1, del Ministerio del Interior, D.O. de 26 de julio de 2006), en donde se le reconoce al alcalde –con el acuerdo previo del Concejo municipal– la facultad de transigir judicial y extrajudicialmente, lo que presupone necesariamente la disponibilidad de los respectivos derechos controvertidos y, por ende, la posibilidad de solucionar esa controversia por vía arbitral aun cuando la ley no lo diga expresamente. En otros términos, si la ley le reconoce aquí al órgano municipal la posibilidad de obtener la solución de una controversia jurídica por una vía directa y autocompositiva, sin la intervención de los órganos jurisdiccionales estatales por ende, no se divisa razón alguna para impedir que la misma consecuencia se obtenga por la vía arbitral, si las partes así lo quieren". (JEQUIER, 2013, p. 130-131).

[59] Dictámenes de la Contraloría General de la República N°10.657/1985, N°14.810/1991, N°344/1996, N°17.160/1996 y N° 54.844/2003.

um "regime jurídico administrativo", muito menos como algo superior e imanente.[60] Nesse contexto, não é difícil de entender como as arbitragens com a Administração são tão e há tanto tempo difundidas no Reino Unido (ANDREWS, 2012, p. 281-302).

Nos Estados Unidos, a matéria é tratada com minúcias no *Administrative Dispute Resolution Act of 1996* – ADRA. Algumas especificidades merecem destaque. De acordo com ADRA, as partes devem especificar previamente uma quantia monetária máxima para as condenações do Tribunal arbitral e podem pactuar outras condições que limitem a gama de possíveis resultados.

Ademais, a Administração não pode impor o uso da arbitragem como condição para a obtenção de um benefício ou a assinatura de um contrato – medida problemática para o contexto brasileiro, em que a minuta do contrato é definida na fase interna da licitação. Nos Estados Unidos, a arbitragem pode ser autorizada por qualquer servidor que tenha poderes para concluir um acordo sobre a matéria controvertida ou quando haja permissão especial da instância diretora de sua entidade.[61]

Por determinação do ADRA, as entidades administrativas devem considerar não se valer de meios alternativos de resolução de conflitos – entre eles, a arbitragem – quando: (1) for conveniente que se estabeleça um precedente judicial a respeito do tema controvertido; (2) o objeto da controvérsia consistir em relevante política de governo; (3) houver possibilidade de se criar disparidades em relação a outros casos individuais de idêntica natureza; (4) a matéria afetar significativamente pessoas ou organizações que não sejam partes da disputa; (5) for necessário produzir e conservar ampla documentação a respeito do conflito; (6) for recomendável que a

[60] Durante muitos anos, negou-se no Reino Unido a própria existência de um Direito Administrativo. "For the term droit administratif English legal phraseology supplies no proper equivalent. The words 'administrative law', which are its most natural rendering, are unknown to English judges and counsel, and are in themselves hardly intelligible without further explanation. This absence from our language of any satisfactory equivalent for the expression droit administratif is significant; the want of a name arises at bottom from our non-recognition of the thing itself. In England, and in countries which, like the United States, derive their civilization from English sources, the system of administrative law and the very principles on which it rests are in truth unknown" (DICEY, 1915, p. 214-215). Por mais idealizada e ideológica que essa visão possa ser, fato é que ela gerou um menor distanciamento, entre as práticas administrativas e privadas, do que aquele observado nos países de tradição franco-germânica.

[61] ADRA, §575: "Authorization of arbitration (a) (1) Arbitration may be used as an alternative means of dispute resolution whenever all parties consent. Consent may be obtained either before or after an issue in controversy has arisen. A party may agree to-- (A) submit only certain issues in controversy to arbitration; or (B) arbitration on the condition that the award must be within a range of possible outcomes. (2) The arbitration agreement that sets forth the subject matter submitted to the arbitrator shall be in writing. Each such arbitration agreement shall specify a maximum award that may be issued by the arbitrator and may specify other conditions limiting the range of possible outcomes. (3) An agency may not require any person to consent to arbitration as a condition of entering into a contract or obtaining a benefit. (b) An officer or employee of an agency shall not offer to use arbitration for the resolution of issues in controversy unless such officer or employee-- (1) would otherwise have authority to enter into a settlement concerning the matter; or (2) is otherwise specifically authorized by the agency to consent to the use of arbitration".

decisão seja adotada pela própria entidade administrativa – a fim de preservar a sua autoridade.[62]

A China, durante as últimas décadas, engajou-se em promover profundas reformas com vistas a se abrir para o mundo. Com esse movimento, o número de conflitos comercias internacionais também aumentou substantivamente – o que impulsionou a aprovação de uma lei sobre arbitragem em 1994.[63]

A Lei Chinesa estabelece que "disputas contratuais entre cidadãos de igual status, pessoas jurídicas e outras organizações, assim como disputas relativas a direitos patrimoniais podem ser dirimidas por arbitragem". Por disposição expressa, nega-se arbitrabilidade a conflitos relativos ao Direito de Família (casamento, adoção, guarda, alimentos) e a contendas cuja apreciação tenha sido legalmente reservada a determinados órgãos administrativos.[64] Esta disposição, ao contrário do que possa parecer, não obstaculiza arbitragens a respeito de contratos firmados entre entidades públicas chinesas e particulares – que são frequentes, sobretudo no campo das estatais chinesas (XU, 2012, p. 107-116).

Experimentei grande dificuldade para localizar dispositivos legais, artigos doutrinários ou decisões judiciais que abordem como o tema deste estudo é tratado no Japão. Então, solicitei via e-mail o auxílio de alguns especialistas locais em arbitragem. De acordo com Yutaro Kawabata, o Estado e as entidades administrativas japonesas podem firmar compromissos arbitrais para dirimir disputas contratuais

[62] ADRA, §572: "General authority (a) An agency may use a dispute resolution proceeding for the resolution of an issue in controversy that relates to an administrative program, if the parties agree to such proceeding. (b) An agency shall consider not using a dispute resolution proceeding if-- (1) a definitive or authoritative resolution of the matter is required for precedential value, and such a proceeding is not likely to be accepted generally as an authoritative precedent; (2) the matter involves or may bear upon significant questions of Government policy that require additional procedures before a final resolution may be made, and such a proceeding would not likely serve to develop a recommended policy for the agency; (3) maintaining established policies is of special importance, so that variations among individual decisions are not increased and such a proceeding would not likely reach consistent results among individual decisions; (4) the matter significantly affects persons or organizations who are not parties to the proceeding; (5) a full public record of the proceeding is important, and a dispute resolution proceeding cannot provide such a record; and (6) the agency must maintain continuing jurisdiction over the matter with authority to alter the disposition of the matter in the light of changed circumstances, and a dispute resolution proceeding would interfere with the agency's fulfilling that requirement. (c) Alternative means of dispute resolution authorized under this subchapter are voluntary procedures which supplement rather than limit other available agency dispute resolution techniques".

[63] O Diploma foi promulgado pelo Decreto nº 31 do Presidente da República Popular da China, datado de 31 de agosto de 1994. A Lei entrou em vigor no dia 1º de setembro de 1995. Acessível em: <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201312/20131200432698.shtml>. Acesso em: 25/07/2017.

[64] Arbitration Law of the People's Republic of China: "Article 2 Contractual disputes between citizens of equal status, legal persons and other economic organizations and disputes arising from property rights may be put to arbitration. Article 3 The following disputes cannot be put to arbitration: 1. Disputes arising from marriage, adoption, guardianship, bringing up of children and inheritance. 2. Disputes that have been stipulated by law to be settled by administrative organs".

e não há regras especiais no que toca à execução de laudos contrários à Administração.[65]

Por e-mail,[66] o professor Kawabata relatou que o Governo japonês frequentemente lança mão da via arbitral para solucionar conflitos contratuais com parceiros privados. No entanto, em sede legislativa, há um obstáculo à ampla arbitrabilidade de contendas administrativas, pois a Lei japonesa prevê que "apenas disputas civis que possam ser resolvidas por acordo entre as partes" podem ser objeto de arbitragens.[67]

6. Apontamentos conclusivos.

Como aponta Jean-Baptiste Racine (1999, p. 25), no Direito arbitral, devem existir "algumas pequenas ilhas de inarbitrabilidade em meio a um oceano de arbitrabilidade".[68] A permissão para que a Administração se valha, de modo amplo, da arbitragem atrai investimentos internacionais; propicia a diminuição dos preços praticados por seus contratados; contribuí para que os litígios contra o Estado sejam dirimidos de modo mais célere e especializado e, em maior ou menor medida, ainda ajuda a desafogar um Poder Judiciário atulhado.

Em razão de todos esses fatores, a arbitragem vem ganhando cada vez mais espaço mundo afora, inclusive no campo das contendas com a Administração Pública. O movimento internacional é de ampliação dos sujeitos e matérias suscetíveis de apreciação arbitral e, nessa esteira, os países vão progressivamente adaptando os seus respectivos ordenamentos para permitir que entidades governamentais participem de procedimentos do gênero.

Tratados multilaterais, diretivas de órgãos comunitários (especialmente na União Europeia), recomendações (de organizações como a OCDE) e a própria dinâmica do comércio internacional exercem grande influência nesse processo de internalização de normas mais deferentes à arbitragem com entes públicos.

No entanto, ainda quando não há respaldo seguro da ordem jurídica interna o fenômeno acaba ocorrendo. O entendimento de que, no contexto de arbitragens internacionais, são inoponíveis as restrições da legislação interna à participação da

[65] TEZUKA; KAWABATA, 2012, p. 22: "(i) Do State parties enjoy immunities in your jurisdiction? Under what conditions? Japan and Japanese State entities would be bound by an agreement to arbitrate contractual disputes. (ii) Are there any special rules that apply to the enforcement of an award against a State or State entity? No special rules are stipulated under the Law". Disponível eletronicamente em: <goo.gl/Ueyw7o>. Acesso em: 26/07/2017.

[66] A mensagem eletrônica referida foi recebida às 05:44 (horário de Brasília), do dia 26/07/2017.

[67] Law nº 138/2003, art. 13, (1): "Unless otherwise provided by law, an arbitration agreement shall be valid only when its subject matter is a civil dispute that may be resolved by settlement between the parties (excluding that of divorce or separation)".

[68] Expressão original: "Le droit de l'arbitrage est dominé par um mouvement général de favor arbitrandum. Il existe quelques ilôts d'inarbitrabilité au milieu d'um océan d'arbitrabilité".

pessoa estatal que tenha firmado compromisso arbitral é sinal de que a arbitragem não se confina às fronteiras nem se subordina totalmente às normas nacionais.

No Brasil, a Lei nº 13.129/2015 pôs fim à discussão quanto à arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública direta e indireta; o legislador foi expresso. O desafio agora consiste em delimitar o plexo de matérias administrativas que podem ser dirimidas em instância arbitral: a arbitrabilidade objetiva.

Dos sistemas analisados, creio que a melhor solução seja a adotada pela Alemanha. Falar em "direitos disponíveis" ou em "direitos transacionáveis", expressões tão próprias do direito privado, na seara da Administração Pública implica problemas e dificuldades potencialmente insuperáveis.

De *lege ferenda*, portanto, seria oportuno reformar o dispositivo legal que delimita, no Brasil, o campo de arbitrabilidade objetiva em disputas com a Administração, para que se considere arbitrável qualquer controvérsia que ostente caráter patrimonial – observadas, talvez, determinadas exceções específicas previstas em Lei.

Precisamos avançar, fundamentalmente, em segurança jurídica. Como afirmado no tópico introdutório, pior do que inadmissão às claras da arbitragem nos domínios da Administração é a patológica e persistente indefinição quanto ao que se pode ou não arbitrar.

7. Referências bibliográficas.

ACCIOLY, João Pedro. A Competência Subsidiária dos Tribunais de Contas para a Sustação de Contratos Públicos Antijurídicos. *Revista dos Tribunais*, *v.* 975, p. 101-132, 2017.

ANDREWS, Neil. Mediação e arbitragem na Inglaterra. *Revista de Processo*, vol. 211. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 281-302, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 236, p. 51-64, 2004.

_____. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARAK-EREZ, Daphne. Institutional Aspects of Comparative Law. *Columbia Journal of European Law*, vol. 15, p. 477-493, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Forense*, v. 358, 2001.

BELANDRO, Ruben Santos. *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (interno e internacional)*. Montevideo: Asociacion de Escribanos del uruguay, 2002.

BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. *Regulação sem o Estado*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000.

BOQUIMPANI, Bruno. *A autorregulação: delineamento de um modelo policêntrico de regulação jurídica*. Dissertação de mestrado em Direito Público. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. 2. Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

CALAMANDREI, Piero. *Contributo alla dottrina dell'arbitraggio necessario nel diritto pubblico*. Tomo I. Roma: Giur, 1924.

CALMON, Eliana. A Arbitragem Internacional. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 16, n. 1, p. 11-18, 2004. Disponível eletronicamente em: <www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/viewFile/44/39>. Acesso em 12/07/2017.

CARNELUTTI, Francesco. La transazione è un contratto?. Riv. Dir. Proc. 1953.

CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: a manifesto. International Journal of Constitutional Law. Vol. 10 (3): 603-613. New York: NYU School of Law, 2012, Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/10/3/603/673508/New-paths-for-administrative-law-A-manifesto>. Acesso em: 27/07/2017.

CAZEAUX, Pedro; REPRESAS, Félix. *Derecho de las Obligaciones*. 3. Ed. La Plata: LEP, 1991.

CIFUENTES, Santos. *Código Civil Comentado y Anotado*. 2. Ed. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2008.

CORSINI, Marco. L'arbitrato. In: SANDULLI, Maria Alessandra; DE NICTOLIS, Rosanna; GAROFOLI, Roberto. *Trattato sui contratti pubblici*. Vol. II. Milão: Giuffré, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DE LUCA, Giovanni Battista. *La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*. Tese de Doutorado em Direito da Arbitragem Interna e Internacional. Libera Università Internazionale degli Studi Sociali. Orientadora: Roberta Tiscini. Roma, 2013. Disponível em: <http://eprints.luiss.it/1196/1/20130306-de-luca.pdf>. Acesso em 12/07/2017.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª ed. Londres: Macmillan, 1915.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. Tomo I. Paris: Ed. L.O.DJ, 1982.

ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo. Arbitragem: a descoberta de um novo paradigma de justiça tributária?. In: FONSECA, Isabel Celeste (Coord). *A Arbitragem Administrativa e Tributária: problemas e desafios*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 81-102.

FINKELSTEIN, Claudio. Arbitragem Internacional e Legislação Aplicável. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, vol. 5, p. 341-353, 2015.

FRANKENBERG, Günter. Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law. *Harvard International Law Review*, vol. 26, n. 2, p. 411-455, 1985.

GAILLARD, Emmanuel. *Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional*. Trad. Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

GORDILLO, Agustín Alberto. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: F.D.A, 2006

GRIFFITHS, Terry; TYLER, Thimothy. Arbitrating International oil and gas disputes: practical considerations. In: KRONMAN, George; FELIO. *International oil and gas ventures: a business perspective*. Tulsa: AAPG, 2000. p. 187-198.

GUTIÉRREZ, Adrián. Solución de controvérsias (arbitraje) em la Ley de Participación Público Privada (PPP). In: DELPIAZZO, Carlos (Coord.). *Pasado y Presente del Derecho Administrativo Uruguayo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 385/396, 2012.

JEQUIER, Eduardo. La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado. *Revista chilena de derecho*, vol. 40, 2013. Disponível em: <www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000100007>. Acesso em: 26/07/2017.

KOERICH, Guilherme Back. *Arbitragem nos contratos administrativos: a relativização dos dogmas da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LAGARDE, P. Approche critique de la lex mercatoria. *Le dorit des relations économiques internationals: Etudes offertes à Berthold Goldman*. Paris: Litec, 1982.

LEIGH, Katharine. Arbitration in Public Administration. In: FARAZMAND, Ali (Ed.). *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance*. Cham (Suíça): Springer International Publishing, 2016.

LIMA, Alcides de Mendonça. O Juízo Arbitral em face da Constituição. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 27, 1969.

LIN, Ching-Lan. *Arbitration in Administrative Contracts: Comparative Law Perspective*. Tese de Doutorado. Paris: Ecole Doctaorale de Sciences Po, 2014.

LOQUIN, E. L'application de règles anationales dans l'arbitrage commercial international. L'apport de la jurisprudence arbitrale. Paris: CCI, 1987.

MAGALHÃES, José Carlos de. Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. *Revista de Informação Legislativa*, n. 134, 1997.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 46, p. 87-98, 2014.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Org.). In: *A Arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOLL, Leandro. Imunidade Arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 30:155-179, 2011.

MONCADA, Luís Cabral de. Modelos alternativos de justiça: a arbitragem no direito administrativo In: *O Direito*, A. 142, nº 3, Lisboa, 2010.

MORAIS, Carlos Blanco de. Apontamentos sobre a submissão de litígios a arbitragem necessária: algumas dúvidas de constitucionalidade In: *Newsletter do Centro de Arbitragem Administrativa e Fiscal*, nº 1, Lisboa, 2013.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, v. 93, p. 201-232, 2014.

OSMAN, F. *Les Principes Généraux de la lex mercatoria*. Contribtion à l'étude d'um ordre juridique anational. Paris: LGDJ, 1992.

PEREIRA, José Luís Esquível. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004.

QUADROS, Fausto de. Arbitragem "necessária", "obrigatória", "forçada": breve nótula sobre a interpretação do artigo 182º do código de processo nos Tribunais Administrativos In: *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. 2, Coimbra, 2012.

RACINE, Jean-Baptiste. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. Paris: LGDJ, 1999.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RIVERO, Jean. Personnes Publiques et Arbitrage. *Rev. Arb*. p. 265/281, 1973.

ROBIOLO, Jorge Alberto. *Derecho Arbitral*. Buenos Aires: La Ley, 2007.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e administração pública: nova disciplina normativa após a lei 13.129/2015. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 49, p. 103-126, 2016.

SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Administração Pública: Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANDULLI, Aldo. L'arbitrato nel codice del processo amministrativo. *Giornale di diritto amministrativo*, vol. 2, 2013, p. 205-211. Disponível em: <www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/A.-Sandulli-2_2013.pdf>. Acesso em 22/07/2017.

SAUVÉ, Jean-Marc. L'arbitrage et les personnes morales de droit public. In*: Le Conseil d'État et la Jurisdiction Administrative*. Paris, 2009. Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-arbitrage-et-les-personnes-morales-de-droit-public%23_ftn8>. Acesso em: 12/07/2017.

SCHILL, Stephan. International Arbitrators as System-Builders. *American Society of International Law*. Vol. 106, 2012.

SCHMITTHOFF, C. The Law of International Trade: Its Growth, Formulation and Operation. *The sources of the Law of International Trade*. Londres: Stevens & Sons, 1964.

SERRÃO, Tiago. A arbitragem no CPTA revisto: primeiras impressões. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago (Coords.). *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*. 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 475-499.

_____. Considerações sumárias sobre a arbitragem no CCP revisto. *Revista de Direito Administrativo*. Lisboa: 2018, vol. 1, p. 93-97.

_____. SERRÃO, Tiago. A arbitragem no CCP revisto. In: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (Coords.). *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: AAFDL, 2018, p. 961-992.

TAWIL, Guido Santiago; LIMA, Ignacio Minorini. El Estado y el Arbitraje: primeira aproximación. *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 14, 2007.

TEZUKA, Hiroyuki; KAWABATA, Yutaro. *Japan: Arbitration Guide*. Tóquio: IBA Arbitration Committee, 2012. Disponível para download no seguinte endereço eletrônico: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=DBCF3CAB-E985-4A9B-BBA1-D8D9D191EF5E>. Acesso em: 26/07/2017.

VÁSQUEZ PALMA, Fernanda. *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudência*. Santiago de Chile: Legal-Publishing, 2009.

WERNEK, Bruno. A autorregulação da atividade econômica no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 625-641.

XU, Weigong. Definition of arbitration in China. *Journal of Law and Commerce*, vol. 30, Pittsburgh: University Library System, 2012, p. 107/116.