

Notas sobre a (In)Disponibilidade do Objeto Litigioso e a Arbitrabilidade

Leonardo Faria Schenk

Doutorando e mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor convidado de Processo Civil da EMERJ. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Experiências legislativas recentes têm demonstrado uma possível mudança nos rumos da arbitragem ao desvincular, em alguns casos, a disponibilidade do objeto litigioso do cabimento desta via alternativa de solução dos conflitos. O presente estudo enfrentará o tema em breves linhas, dedicando-se aos traços marcantes de alguns modelos normativos, sem descuidar do quadro brasileiro que, sobre o assunto, revela poucos sinais de avanço.

2. SINAIS DE AVANÇO: A DESVINCULAÇÃO ENTRE A ARBITRAGEM E A DISPONIBILIDADE DO OBJETO

As exigências dos tempos atuais e as suas dificuldades confirmam que novas, a cada dia, são as razões para o estudo dos mecanismos alternativos de solução das controvérsias, como bem destacou CAPPELLETTI.¹

Nesse contexto, e por revelar novos rumos para o tema da arbitrabilidade dos direitos patrimoniais indisponíveis, merece

¹ CAPPELLETTI, Mauro. “Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça”. *Revista de Processo*, RT-SP, n.º 74, ano 19, abril-junho/94, p. 89.

destaque a recente previsão no ordenamento alemão autorizando que qualquer direito de caráter patrimonial seja objeto de uma convenção de arbitragem.

Como destacado por RICCI, hoje, no direito alemão, no “âmbito patrimonial, [...] também as matérias indisponíveis podem ser decididas por árbitros: a disponibilidade do objeto da lide constitui pressuposto apenas das matérias não patrimoniais.”² É o que dispõe do art. 1.030 da ZPO:

§ 1.030. Materias susceptibles de arbitraje

*1) Toda pretensión de derecho patrimonial puede ser objeto de un convenio arbitral. Un convenio arbitral sobre pretensiones de derecho no patrimonial tendrá eficacia jurídica en tanto las partes estén facultadas para transigir sobre el objeto litigioso.*³

Ao se deparar com essa autorização, distinta do panorama normalmente visto sobre o tema, RICCI questiona se o modelo alemão de arbitrabilidade dos litígios deve ser encarado como uma ilha, “a ser justificada como manifestação das idéias típicas de certo Estado”, ou como algo mais, a significar “a possível (ou provável) conclusão para o caminho em curso, na disciplina mundial da arbitragem.”⁴

² RICCI, Edoardo F. “Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade da arbitragem: reflexões evolutivas”. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Org). **Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 404.

³ RAGONE, Alvaro J. Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. **Código procesal civil alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Incluye artículos de Hanns Prützing y Sandra de Falco**. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V., Uruguay, 2006, p. 451.

⁴ RICCI. *Desnecessária conexão...*, p. 408. A importância da experiência alemã para o direito processual civil foi destacada recentemente pelo professor BARBOSA MOREIRA: [...] “E desnecessário ressaltar a importância do direito alemão, na área do processo civil não menos que noutras, como ingrediente de toda investigação científica que pretenda atingir maior profundidade. Para começar, ninguém o ignora, foi na Alemanha que se realizaram, na segunda metade do século XIX, as primeiras tentativas modernas de estudar cientificamente o processo, relegado até então à condição de mero apêndice do direito material. Alemães foram os juristas que lançaram as bases dogmáticas, até hoje em grande parte

O questionamento é importante, mas, sabidamente, uma resposta adequada depende de inúmeros fatores.

Nessa linha, citando as idéias de ALDO BERLINGUER sobre a arbitrabilidade das lides, depois de observados os direitos italiano, francês e norte-americano, leciona que uma possível resposta deve levar em consideração, principalmente, que “os limites da arbitrabilidade das lides são muito móveis, porque a noção de disponibilidade do direito material é interpretada de maneira ampla e compreensiva de importantes casos, nos quais as teses negativas seriam, provavelmente, as mais certas, sob o ponto de vista do sentido literal da lei”.⁵

Os exemplos de flexibilização não param no direito alemão.

Sintomas de evolução, rumo à admissibilidade de arbitragem nas matérias patrimoniais indisponíveis, também são encontrados no direito italiano, em lei específica que permitiu, recentemente, a arbitragem no âmbito do direito das sociedades envolvendo tema de fundo indisponível. Ficou proibida a decisão por equidade nesses casos, mas não a arbitragem em si mesma, implicando, para RICCI, mesmo que em espaço reduzido, a inclinação pelo modelo alemão.⁶

Em reforço, de modo mais amplo, tem-se a hipótese de delegação ao árbitro do poder para decidir sobre a nulidade da cláusula arbitral e do próprio contrato em que ela se encontra inserida. Sendo a disciplina das nulidades indisponível, não sujeita à convenção das partes, o reconhecimento da autonomia da cláusula compromissória revelaria, para este autor, como consequência inevitável, a tendência rumo à admissibilidade da arbitragem.⁷

válidas, da ciencia processual contemporânea. A ZPO de 1877 constituiu marco importantíssimo na historia legislativa da justiça civil. E, no campo doutrinário, aquele país continuou, na centuria passada e no inicio desta, a exercer papel de imenso relevo.” **Palavras Previas** escritas para a obra **Código procesal civil alemán (ZPO)**. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporâneo, citada acima.

⁵ RICCI. *Desnecessária conexão...*, p. 408-409.

⁶ A mesma conclusão é afirmada em estudo específico sobre a arbitragem societária: “*con l’arbitrato societario il diritto italiano si inserisce parzialmente in una linea di tendenza, che altrove ha già dato frutti ben più ampi.*” RICCI, Edoardo F., “Il nuovo arbitrato societario”, in *Rivista Trimestrali di diritto e Procedura Civile*, ed. Giuffrè, Milano, 2003, p. 536.

⁷ Cf. nota 29.

Segundo essas formulações e, principalmente, com apoio nos exemplos citados, parece inexistir uma necessária vinculação entre a arbitragem e a disponibilidade do objeto da controvérsia, ficando o tema antes entregue à política legislativa de cada Estado. Assim, a disponibilidade do objeto começa a deixar de ser vista como pressuposto essencial para a decisão, pelo juízo arbitral, dos conflitos envolvendo direitos patrimoniais.⁸

3. AINDA NA LINHA EVOLUTIVA: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS PORTUGUÊS

Também relevando avanços, merece atenção o Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA),⁹ que entrou em vigor em Portugal em 1º de janeiro de 2004, consagrando, de modo geral, em capítulo próprio, a arbitrabilidade das questões administrativas, em atendimento ao disposto no art. 1º, 4, da Lei de Arbitragem Voluntária.¹⁰

Nesse diploma, todo o Título IX foi dedicado à arbitragem. Um dos seus dispositivos (o art. 180º) dispõe que, sem prejuízo do previsto em lei especial,¹¹ pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de questões:

(i) relativas a contratos, incluindo a apreciação de atos administrativos ligados a sua execução;

⁸ Necessária, contudo, a ressalva no sentido de que o “caráter indisponível da lide não implica em si mesmo a proibição de juiz privado, mas, sim, a proibição de decisão por equidade, pois essa decisão pode prescindir da aplicação da lei.” RICCI. O presente e o futuro da cláusula compromissória e de sua atuação. *In: Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão / questões polêmicas.* Com a colaboração de Marilza Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132

⁹ Aprovado pela Lei 15/2002, de 22 de fevereiro, e alterado pela Lei 4-A/2003, de 19 de fevereiro. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt>. Acesso em 03.08.2008.

¹⁰ A Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa exige lei especial para a arbitrabilidade dos litígios de direito administrativo. Lei 31/86, de 29 de agosto. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt>. Acesso em 03.08.2008.

¹¹ A legislação especial mencionada, para citar alguns exemplos relevantes, trata do Regime Jurídico de Empreitada de Obras Públicas (RJEOP), instituído pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e do Regime aplicável aos contratos de investimento estrangeiro, fixado pelo Decreto-Lei n.º 321/95, de 28 de novembro, ambos estabelecendo regimes especiais de arbitragem de litígios jurídico-administrativos em Portugal.

- (ii) de responsabilidade civil extracontratual, incluindo o direito de regresso;
- (iii) relativas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva, ressalvando a admissibilidade do juízo arbitral na hipótese em que exista interesse de terceiro, salvo se estes aceitarem o compromisso.

Para OLIVEIRA, ante o novo contencioso administrativo português, “torna-se claro [...] que o debate sobre a arbitrabilidade de litígios com entes públicos se desloca, no que ao Direito administrativo respeita, do plano da *abstracta admissibilidade* para o plano da *concreta configuração e limites* do recurso ao instituto [...]”.¹²

Assim, ao prever a possibilidade de os árbitros apreciarem a legalidade dos atos administrativos, tema que, à luz da concepção clássica, estava fora do alcance da arbitragem em razão do critério da disponibilidade, o CPTA inaugurou inúmeros debates.

Leciona a autora que “a faculdade que é agora legalmente cometida aos árbitros representa aparentemente uma erosão no critério da disponibilidade do direito, ou, mais rigorosamente, no significado que, na concepção tradicional, este assumia.”¹³

Observando a hipótese com atenção, depois de contextualizá-la no ordenamento jurídico português, afirma, contudo, que a “nova regulação da matéria da arbitragem no contencioso administrativo português só muito limitadamente pode, na realidade, ser encarada como um avanço de relevo na abertura da arbitragem ao controlo da legalidade de actos administrativos.”¹⁴

Isso porque, segundo destaca, os novos artigos do CPTA não depõem contra a valia do critério da disponibilidade do direito, com o sentido que tradicionalmente lhe era atribuído no ordenamento português. Nas palavras da autora:

¹² OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 55.

¹³ OLIVEIRA. *Arbitragem...*, p. 57.

¹⁴ OLIVEIRA. *Arbitragem...*, p. 57-63.

Assim, o campo de arbitrabilidade dos litígios de Direito administrativo alarga-se efetivamente por força da referida alternatividade entre acto e contrato, mas não porque deixe de valer ou sofra erosão o critério da disponibilidade do direito. Antes é o próprio espaço de disponibilidade concedido à Administração Pública que se alarga. Confirma-se, pois, que a arbitrabilidade dos litígios jus-administrativos obedece o critério geral da disponibilidade da situação material controvertida, expressamente estipulado no art. 1.º/1 da LAV para os litígios de Direito privado e interpretativamente extraído do art. 180.º/1 do CPTA, para os litígios de Direito Público.¹⁵

Na mesma linha, CALVÃO e MONTEIRO lecionam que a previsão do art. 180.º, embora possa, de início, reunir questões sobre direitos indisponíveis, também se encontra sobre a restrição da Lei Geral de Arbitragem. E afirmam:

Na verdade, se há matérias de direito administrativo que estão, do ponto de vista substantivo, subtraídas à vontade das partes, forçoso é proibir a estas últimas a obtenção dum resultado, que lhes está legalmente vedado, através de um processo indirecto de desistência do pedido ou da instância, da confissão ou de transacção judicial efectuada no âmbito de um conflito confiado a um tribunal arbitral.¹⁶

Dessa forma, a experiência recente do ordenamento português, ao afirmar a legitimidade do critério da disponibilidade e, ao mesmo tempo, aclarar a necessidade de tratar seus limites *in concreto*, e não como entrave geral à arbitrabilidade, revela importantes diretivas para a necessária conformação entre a dispo-

¹⁵ OLIVEIRA. *Arbitragem...*, p. 69.

¹⁶ CALVÃO, Francisco; MONTEIRO, Paulo da Cunha. “Análise de algumas disposições do Código de Processo dos Tribunais Administrativos à luz da Lei da Arbitragem - breves questões”. Fevereiro de 2007, p. 10. Disponível em: <http://verbojuridico.pt>. Acesso em 01.08.2008.

nibilidade do objeto litigioso, acolhido em inúmeras legislações, e a sujeição ao juízo arbitral.

4. A FORÇA DO CRITÉRIO DA DISPONIBILIDADE

Os exemplos citados até aqui são apenas sinais de novos tempos. Contudo, a vinculação entre a disponibilidade do objeto litigioso e a admissibilidade da arbitragem ainda constitui a regra em muitos ordenamentos jurídicos. Embora as palavras utilizadas nem sempre sejam as mesmas, a ideia central nos regimes normativos pesquisados não muda: “a indisponibilidade do objeto da lide implica na inadmissibilidade da arbitragem”.¹⁷

Na Argentina, por exemplo, os arts. 736 e 737, do Código Processual Civil e Comercial da Nação, estabelecem que toda questão entre as partes, *ressalvadas aquelas que não podem ser objeto de transação*, poderá ser submetida à decisão de juízes árbitros, antes ou depois de iniciado o processo judicial e independentemente da sua fase, podendo ser convencionada em contrato ou em ato posterior.¹⁸

Na Bolívia, a Lei de Arbitragem e Conciliação (n.º 1.770, de 10.03.1997), dispõe, em seu art. 3º, que podem ser submetidas à arbitragem as controvérsias surgidas ou que possam surgir de relações jurídicas contratuais ou extracontratuais das partes, *mediante o exercício do livre arbítrio sobre direitos disponíveis e que não afetem a ordem pública*.¹⁹

¹⁷ RICCI, Edoardo F. *Desnecessária conexão...*, p. 404.

¹⁸ Os dispositivos têm a seguinte redação: “Artículo 736: OBJETO DEL JUICIO.- Toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el artículo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste. La sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior. Artículo 737: CUESTIONES EXCLUIDAS.- No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción.” Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar>. Acesso em 28.01.2009.

¹⁹ O dispositivo tem a seguinte redação: “ARTICULO 3. (Derechos sujetos a arbitraje). Pueden someterse a arbitraje las controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales de las partes, mediante el ejercicio de su libre arbitrio sobre derechos disponibles y que no afecten al orden público, antes, en el transcurso o después de intentado un proceso judicial, cualquiera fuere el estado de éste, extinguiéndolo o evitando el que podría promoverse.” Disponível em: <http://www.derechoteca.com>. Acesso em 28.01.2009.

No Paraguai, a Lei de Arbitragem e Mediação (n.º 1.879/2002) prevê, no art. 2º, que toda questão *transigível e de conteúdo patrimonial* poderá ser submetida à arbitragem, sempre que sobre ela não tenha recaído sentença definitiva. O mesmo dispositivo afasta da arbitragem as questões que exijam a intervenção do Ministério Público.²⁰

No Peru, ao enumerar as matérias suscetíveis de solução pela arbitragem, a Lei 26.572, de 05.01.1996, indica, na primeira parte do art. 1º, as controvérsias determinadas ou determináveis sobre as quais as partes tenham a faculdade de *livre disposição*, assim como aquelas relativas à matéria ambiental.²¹

Na Venezuela, o art. 3º da Lei de Arbitragem Comercial, de 07.04.1998, estabelece que as controvérsias *suscetíveis de transação que surjam entre pessoas capazes de transigir* poderão ser submetidas à arbitragem.²²

Em tais modelos normativos,²³ a vinculação entre disponibilidade do objeto litigioso e admissibilidade da arbitragem parece algo necessário e imprescindível à validade da solução do conflito por

²⁰ O dispositivo tem a seguinte redação: “Artículo 2º.- Objeto de arbitraje. Toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público.” Disponível em: <http://www.latinlaws.com/paraguay.html>. Acesso em 28.01.2009.

²¹ Eis a redação: “Artículo 1º.- Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse.” Disponível em: <http://www.sice.oas.org>. Acesso em 28.01.2009.

²² O dispositivo tem a seguinte redação: “Artículo 3º. Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.” Disponível em: <http://www.tsj.gov.ve>. Acesso em 28.01.2009.

²³ RICCI destaca a presença da regra em outros ordenamentos: “Na França, o art. 2.059 do *Code Civil* dispõe que ‘cada um pode estipular convenção de arbitragem sobre os direitos dos quais pode livremente dispor’, enquanto o subsequente art. 2.060 proíbe a convenção de arbitragem nas matérias de ordem pública. Na Bélgica, o art. 1.676 do *Code Judiciaire* permite a arbitragem apenas ‘na lide [...] sobre a qual a transação é permitida’. Na Espanha, o art. 2º, § 1º, da recente nova *Ley de Arbitraje* dispõe que ‘são suscetíveis de arbitragem as controvérsias sobre matérias das quais as partes podem dispor segundo o direito’. [...] Na Suíça, o art. 5º do *Concordat* de 26 de março de 1969 permite a arbitragem ‘sobre qualquer pretensão dependente da livre disposição das partes’.” *Desnecessária conexão...*, p. 403-404.

este meio alternativo. O que se deseja aqui aclarar, com apoio no modelo alemão, principalmente, é que essa vinculação não constitui regra de caráter superior, vinculada à natureza da arbitragem, sendo, assim, perfeitamente ajustável à realidade dos nossos tempos.

Há, portanto, espaço para o debate.

5. O MODELO BRASILEIRO: BREVE PANORAMA

Entre nós o tema é tratado, de modo especial, pelo art. 1º da Lei da Arbitragem (n.º 9.307/1996), que assim dispõe: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” Para RICCI, esse dispositivo estabelece como regra geral que “o que não é disponível mediante contrato não pode nem ao menos ser objeto de arbitragem, em caso de lide.”²⁴

São direitos *patrimoniais*, em classificação geralmente aceita, aqueles ligados às relações jurídicas que têm por objeto o conjunto de bens dos indivíduos. Podem ser *disponíveis*, quando “referentes à tutela dos interesses de âmbito meramente individual”, ou *indisponíveis*, quando “têm impacto sobre os interesses gerais”.²⁵ Em outras palavras, *direitos patrimoniais disponíveis* “são aqueles passíveis de conversão monetária e que se encontrem na livre disposição do titular.”²⁶

Não há suficiente precisão em tais conceitos e muito menos rígida separação entre os sistemas de disponibilidade empregados para cada um deles. Nas questões envolvendo direito de família, por exemplo, a disponibilidade foi retirada do titular no que diz respeito às relações de parentesco, permanecendo, contudo, para os reflexos patrimoniais e para o estabelecimento das melhores formas de cumprimento das prestações.²⁷

²⁴ RICCI. *Desnecessária conexão...*, p. 402.

²⁵ CRETILLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 55-56.

²⁶ MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3. No mesmo sentido: TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. *A nova arbitragem. Comentários à Lei 9.307, de 23.09.96*. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 48.

²⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2ª Ed. rev. atual. amp. São Paulo: Atlas, 2006, p. 54-57. Sobre o tema: CARREIRA ALVIM, J.E..

O ponto é aceito sem maiores questionamentos pela jurisprudência. No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, quando do julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n.º 5.206, afirmou o então Ministro Carlos Velloso que, tratando a lei de direitos patrimoniais, portanto, *disponíveis*, as partes poderiam perfeitamente renunciar ao direito de recorrer à Justiça estatal.²⁸

Revelando sinais de avanço no tema da conexão entre a arbitrabilidade das lides e a disponibilidade do seu objeto, RICCI afirma que, se analisada com cautela, a própria Lei n.º 9.307/1996, no art. 8º, parágrafo único, abranda a exigência ao aceitar a autonomia da cláusula compromissória, permitindo que o árbitro decida as questões sobre a existência, validade, eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.²⁹

Esse dispositivo, segundo o autor, não se aplica apenas aos casos nos quais o problema da nulidade constitua objeto de questão prejudicial a ser solucionada *incidenter tantum*, mas, também, ao caso em que a nulidade constitua objeto da decisão a ser proferida com autoridade de coisa julgada, aproximando o modelo brasileiro da vertente que admite a arbitrabilidade de direitos patrimoniais indisponíveis e superando, assim, os próprios limites da disponibilidade previstos no art. 1º, da Lei 9.307/1996.

Também o Código Civil em vigor (Lei n.º 10.406, de 10.01.2002), dependendo da interpretação conferida aos arts. 851 a 853,³⁰ que disciplinam o instituto do compromisso, revelaria traços evolutivos no campo da arbitrabilidade objetiva.

Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 31-34.

²⁸ Íntegra dos votos disponíveis em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 02.08.2008.

²⁹ RICCI. *Desnecessária conexão...*, p. 409-410. Cf., ainda, do mesmo autor: “O art. 8º, parágrafo único, da Lei de arbitragem e sua constitucionalidade”. In: *Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão / questões polêmicas*. Com a colaboração de Marilza Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 40-68.

³⁰ Art. 851. *É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.*

Art. 852. *É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.*

Ao estudá-los, RICCI afirma que, uma vez “excluída a arbitragem nas específicas matérias mencionadas pelo art. 852, o caráter disponível do objeto da lide não é mais exigido expressamente como pressuposto.”³¹ Leciona que o raciocínio quanto ao compromisso pode ser diverso daquele quanto à cláusula compromissória, esta prevista no art. 853, com referência expressa à lei especial.

No que diz respeito à cláusula compromissória, conclui que a Lei 9.307/1996 permanece totalmente em vigor, inclusive a regra do art. 1º, por meio da qual só se admite a arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Para os conflitos ainda não nascidos, portanto, permanece a vedação, a qual alcançará o compromisso forçado, nos termos do art. 7º da Lei 9.307/1996, no caso de resistência de uma das partes.

Diversa é a conclusão possível para o compromisso firmado depois de surgido o conflito. Ao posicionar-se a favor de uma interpretação evolutiva, apoiada na literalidade da lei civil, afirma a possibilidade de o compromisso ser firmado por pessoas capazes em todas as matérias patrimoniais, quaisquer que sejam, inclusive as não disponíveis. A ser acolhida tal interpretação, o modelo alemão seria rejeitado, entre nós, quanto à cláusula compromissória, porém acolhido para o compromisso. E isso permitiria concluir que “o direito brasileiro está evoluindo mais rapidamente do que outros, assumindo posição de vanguarda.”³²

A proposta, embora inovadora, encontra resistência na doutrina civilista. Leciona DINIZ que o objeto do compromisso não poderá compreender todas as questões controvertidas, mas tão somente aquelas que pelo juiz comum são passíveis de decisão, com eficácia *inter partes*, desde que não versem sobre assuntos da seara penal, de estado civil, ou melhor, desde que relativas a direito patrimonial disponível de caráter privado (Lei n.º 9.307/96,

Art. 853. *Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.*

³¹ RICCI. *Desnecessária conexão...*, p. 410.

³² RICCI. *Desnecessária conexão...*, p. 411.

art. 1º). Assim, o disposto no art. 852, do Código Civil, apenas reforçaria tal posicionamento.³³

No mesmo sentido, afirmam TEPEDINO, BARBOZA e MORAES que, embora o tratamento dado pelo Código Civil ao compromisso seja posterior ao instituído pela Lei 9.307/1996, a análise e a aplicação dos três artigos que cuidam do compromisso no Código deverão estar harmonizadas com a Lei de Arbitragem, por força do critério da especialidade. Dessa forma, os dispositivos da Lei de Arbitragem complementam o Código Civil, além de tratarem especificamente da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, definindo-os e lhes atribuindo efeitos legais. Mais adiante, esclarecem que “as questões que envolvem direitos exclusivamente patrimoniais poderão ser objeto de compromisso, visto que tais direitos são disponíveis nos moldes legais. Já os direitos de ordem não patrimonial são indisponíveis, portanto, fogem sempre do alcance do compromisso.”³⁴

Nas lições de RICCI, a vinculação entre a disponibilidade do objeto litigioso e a arbitrabilidade se justificaria “se a sentença arbitral, em vez de ser o equivalente da decisão proferida pelo juiz, no que concerne a seus efeitos, fosse o equivalente de contrato estipulado pelas partes, com o propósito de resolver a lide mediante transação ou conciliação.”³⁵ Nesse caso, as partes obteriam do juízo arbitral o mesmo resultado que poderiam conseguir diretamente por meio de acordo. O árbitro seria, então, uma espécie de mandatário das partes, com o poder de firmar contrato entre as mesmas, contrato que seria, em si mesmo, ato de disposição. Para o autor, esse tipo de arbitragem, qualificada de *contratual*, exigiria a disponibilidade do objeto como pressuposto.

³³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 2. Teoria geral das obrigações. 22ª ed. revista e atualizada de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 341-342

³⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código civil interpretado*. Conforme a Constituição da República. Teoria dos contratos. Contratos em espécie. Atos unilaterais. Títulos de crédito. Responsabilidade civil. Preferência e privilégios creditórios (arts. 421 a 965). V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 674 e 679.

³⁵ RICCI. *Desnecessária conexão...*, p. 405-406.

Por outro lado, a arbitragem disciplinada pela Lei 9.307/96 e, em geral, pelos demais procedimentos denominados arbitragem nos vários países em que a sentença arbitral é equivalente à decisão judicial, a convenção de arbitragem constituiria, em si, uma convenção; mas não uma convenção sobre o objeto da lide, nem mesmo um ato de disposição do direito controvertido, e sim uma convenção sobre objeto diverso, sobre a simples escolha do julgador (o árbitro).

As dificuldades aumentam quando uma das partes interessadas é a Administração Pública. No particular, a ideia de que a disponibilidade do objeto litigioso é pressuposto para a sua arbitralidade encontra-se na base do raciocínio dominante.

Na doutrina, para citar um estudo de caso, VILLELA SOUTO e MOREIRA NETO, depois da análise sobre a validade da cláusula compromissória existente em contrato de venda e compra de potência assegurada, firmado entre uma autorizatória de produção independente de energia elétrica e uma sociedade de economia mista, concluíram, dentre outros pontos:

3º - A arbitragem é de adoção juridicamente viável pela Administração Pública, sempre que a questão envolver interesses disponíveis. A lei de arbitragem, já decidida como constitucional pelo Eg. STF tem transformado o instituto ora analisado em verdadeira fórmula de efetividade da jurisdição, de modo a proporcionar aos administrados a rápida e eficaz onerosa solução dos conflitos de interesses, com atuação instrumental e adjetiva do Estado. A empresa estatal, na qualidade de sociedade de economia mista, submetida ao regime jurídico de direito privado, celebrando contratos regidos pelo direito privado, firmou, validamente, compromisso arbitral com a autorizatória; portanto, como partes capazes de pleno direito, ficam elas obrigadas ao juízo arbitral, por serem tais cláusulas juridicamente válidas.³⁶

³⁶ SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 495. Sobre o tema, cf. o panorama traçado por TIBURCIO, Carmen. “A arbitragem envolvendo a Administração Pública: REsp n.º 606.345/RS”. *Revista de Direito do Estado*. Ano 2, n.º 6, abr/jun-2007, p. 344-345.

Clara a distinção, nas premissas do raciocínio, entre interesses públicos primários e secundários da Administração, ficando a arbitragem, no âmbito objetivo, limitada apenas aos segundos.³⁷ No âmbito subjetivo, de modo ainda mais restrito, a arbitragem apenas é aceita para as entidades exploradoras de atividade econômica.

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça, por mais de uma vez, afirmou a validade da cláusula compromissória firmada por sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, desde que envolva direito disponíveis, reconhecendo-a como causa de extinção do processo sem a resolução do mérito pelo art. 267, VII, do CPC.³⁸

Muitas são as resistências impostas, por motivos legítimos em grande parte, à evolução para uma ampla arbitrabilidade das causas envolvendo o Estado.³⁹ Expressão maior dessa resistência foi citada por TIBURCIO ao recordar que a PEC n.º 29, que resultou na Emenda Constitucional n.º 45, chamada de a *Reforma do Judiciário*, expressamente estimulava o uso da arbitragem para a solução dos conflitos, mas ressalvava a Administração Pública.⁴⁰

Encerrando o panorama nacional, no plano legislativo alguns diplomas parecem avançar para uma maior aceitação da arbitragem nas questões envolvendo a Administração Pública.⁴¹

³⁷ Síntese das discussões atuais sobre a reconstrução do conceito de interesse público pode ser encontrada em: BORGES, Alice González. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução”. *Revista de Interesse Público*, n.º 37, p. 29-48, 2006.

³⁸ Recurso Especial n.º 612439/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 25.10.2005, DJ 14.09.2006. Em data recente: Mandado de Segurança n.º 11.308-DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09.04.2008 e publicado em 19.05.2008.

³⁹ Duas são as principais razões para essa resistência. A primeira delas decorre do princípio da legalidade, o que faz com que existam posições negando a arbitrabilidade dos litígios sem lei anterior que autorize. E a segunda da tradição do direito brasileiro de exigir eleição de foro para os contratos administrativos. TIBURCIO, Carmen. *A arbitragem envolvendo a Administração Pública...*, p. 342.


⁴⁰ TIBURCIO, Carmen. *A arbitragem envolvendo a Administração Pública...*, p. 342. A redação proposta para o § 1º do art. 98 da Constituição era a seguinte: “Ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se do juízo arbitral, na forma da lei.”

⁴¹ Sobre o tema, o ordenamento do Paraguai estabelece na segunda parte do art. 2º da citada Lei de Arbitragem e Mediação, que o Estado, as entidades descentralizadas, as autarquias e as empresas públicas, bem como as municipalidades, poderão submeter à arbitragem suas controvérsias com os particulares, sejam nacionais ou estrangeiros, sempre que derivarem de atos jurídicos ou de contratos regidos pelo direito privado. O dispositivo tem a seguinte

Merece destaque, no particular, a Lei de Parceria Público-Privada, n.º 11.079, de 30.12.2004, que, no art. 11, inc. III, autoriza o “emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

Na mesma linha, a Lei n.º 8.987, de 13.02.1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175, da Constituição da República, foi recentemente alterada pela Lei 11.196, de 21.11.2005, para a inclusão do art. 23-A, prevendo que “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

6. CONCLUSÃO

As notas trazidas neste estudo, embora breves, permitem repensar se a conexão existente entre a disponibilidade do objeto litigioso e a arbitrabilidade é sempre necessária. O critério, embora legítimo, vem sendo abrandado em algumas hipóteses. As objeções impostas à flexibilização encontram amparo na realidade, em razão dos riscos práticos que ainda envolvem, em alguns casos, a escolha dessa via alternativa de solução dos conflitos, sobretudo pela necessidade de se assegurar o respeito às garantias indispensáveis para um julgamento justo. Os sinais de avanço justificam a análise e a reflexão. 

redação: “Artículo 2º.- Objeto de arbitraje. [...] El Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado.” Fonte citada.