

Arbitragem nas lides empresariais: empresas estatais e desenvolvimento

Marcia Carla Pereira Ribeiro¹
Daniel Driessen Junior²

RESUMO

Para as empresas que concorrem no mercado, independentemente da qualidade de seus acionistas serem públicos ou privados e desde que sejam considerados os negócios e contratos relacionados ao objeto empresarial, a adoção da arbitragem por meio do estabelecimento de cláusula compromissória arbitral pode apresentar vantagens comparativas em relação ao modelo tradicional de solução de controvérsias por intermédio do Poder Judiciário. A especialidade dos árbitros, o sigilo e a tendência de agilidade nos julgamentos compatibilizam-se com o ambiente empresarial das sociedades desenvolvidas e em desenvolvimento. A aceitação generalizada da opção arbitral nas relações que envolvam direitos disponíveis indica um estágio de desenvolvimento ético e de maturidade compatível com a preservação das relações empresariais repetitivas e de longo prazo – relações que colaboram com os ambientes de estabilidade econômica.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira ainda padece de vícios históricos. Um deles está relacionado à busca da autoridade para a solução de litígios que poderiam manter-se exclusivamente no âmbito dos interesses contrariados. Seja a dependência do patrão, do padrinho, do político, do padre ou do juiz, todas estas alternativas acabam por autorizar o interessado a se manter num papel de tutoriado, como um inábil em busca da solução de seus problemas por meio da invocação de uma autoridade externa. Ou ainda, o que não se mostra menos relevante, uma tendência à busca do judiciário ou uma inércia em relação à possibilidade de vir a ser acionado por ele, ou porque a outra parte se nega a colaborar por uma solução conciliatória, ou por má fé, contando com a morosidade da manifestação do poder judiciário em benefício próprio, quando situado no pólo passivo da demanda.

Nenhuma destas posturas é eficiente economicamente falando, ou gratificante em termos de desenvolvimento social.

¹ Doutora em Direito. Professora titular da PUCPR e adjunta da UFPR. Procuradora do Estado do Paraná.

² Graduado em Direito pela UFPR. Advogado no Estado do Paraná.

Também os limites éticos influenciam neste quadro. Limitações que interferem até mesmo na justificação para a prevalência de princípios consagrados na Constituição Federal, como é o caso da garantia de acesso ao poder judiciário, inclusive mediante gratuidade de custas. O número de demandas que se prevalecem da gratuidade e que são julgadas improcedentes surpreende – o que é particularmente perceptível pela primeira autora deste artigo, em razão de sua atuação na Procuradoria Geral do Estado do Paraná e a incidência de ações com o benefício de gratuidade e os índices de julgamento pela improcedência relativamente às demandas contra a pessoa jurídica de direito público.

A gratuidade tem corroborado para a propositura de lides temerárias que certamente não teriam sido propostas se incidissem não só as custas naturais aos processos, como também os ônus de sucumbência, em razão do (eventual) resultado negativo da pretensão.

Por outro lado, quando se desloca o enfoque das situações litigiosas do geral para o particular, tomando-se os litígios que incluem como partes agentes que concorrem no mercado, os caracteres acima indicados podem igualmente reproduzir-se. Vale dizer, um empresário pode recorrer ao poder judiciário para discutir uma pretensão em relação a outro empresário porque não está habituado a considerar que existem outras alternativas para tal situação, para além da imposição do poder soberano do julgador. Observe-se que na opção pela lide judicial necessariamente uma das partes terá o acolhimento de sua pretensão (total ou parcial) em detrimento da pretensão da outra parte, sem que se tenha cogitado, por exemplo, da eficiência da busca de uma solução de conciliação que preservasse os vínculos econômicos possibilitando a manutenção e a repetição de negócios de interesse de ambas as partes, mesmo na eventualidade de discordância pontual.

Ou ainda, a opção pela forma tradicional de solução de controvérsias se impõe porque a outra parte se nega a aceitar uma solução extrajudicial para o litígio, ou, finalmente, uma sujeição ao Poder Judiciário pelo desinteresse econômico ou ético na obtenção de um resultado mais justo e rápido.

Porém, e este trabalho caminha neste sentido, a utilização da arbitragem como alternativa à solução de lides empresariais precisa ser considerada e incorporada aos costumes nacionais, de forma a contribuir-se para a maior eficiência na solução dos litígios, quer seja pela agilidade do procedimento, quer seja pela especialidade de seus julgadores.

Para que a arbitragem seja viável, a cláusula compromissória precisa ser incorporada aos contratos no momento de sua elaboração, vale dizer, quando as partes que contratam se encontram numa postura de colaboração e não de antagonismo. Precisa, ainda, ser dotada de determinados elementos que facilitem a sua execução.

Todos os direitos disponíveis são compatíveis, em princípio, com a adoção da cláusula arbitral.

O presente artigo traz inicialmente considerações sobre a importância e a aplicabilidade da arbitragem nas relações empresariais. Na sequência, aponta para a necessidade de estabelecimento de cláusula compromissória eficiente, a fim de facilitar a utilização da arbitragem e garantir a sua máxima eficiência. Percorre ainda o campo da aplicabilidade da arbitragem aos contratos firmados pela administração pública indireta e a experiência comparada sobre o tema.

2. IMPORTÂNCIA E APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES EMPRESÁRIAS

As vantagens da resolução de conflitos por meio da arbitragem em contraposição à Justiça Estatal no que se refere às relações empresariais são inegáveis, pois são inquestionáveis a maior celeridade e especialidade da primeira em relação à segunda. Outra característica atraente da arbitragem é a possibilidade de se adotar o sigilo no procedimento, o que pode ser essencial para o desencadeamento de determinada negociação e muitas vezes, portanto, se torna um diferencial na escolha do foro clássico ou arbitral.

Tais características ganham especial relevância quando envolvem questões societárias. Uma disputa entre sócios, por exemplo, se levada ao público, pode ferir a reputação de uma empresa efetivamente rentável, fazendo com que investidores sintam-se ameaçados e receosos em arriscar seu capital de investimento na empresa. Também a morosidade comum ao processo judicial se mostra um empecilho à eficácia na solução de conflitos que envolvam a empresa, prolongando um ambiente de instabilidade nocivo à maximização dos resultados quando da realização de operações de ingresso ou substituição de investidores.

Ainda no que se refere aos litígios entre sócios, também pelo lado daquele que sai vencido na contenda, evitar-se a publicização polpa o perdedor de sofrer um abalo

em sua reputação³, evitando-se igualmente que este abalo atinja por via indireta a própria empresa.

Partindo-se da premissa de que o comportamento do sócio estará inserido num contexto ético, a rápida solução do litígio surgido, assim como a limitação dos impactos dos resultados quanto aos litigantes vencedores e perdedores pode contribuir ao exercício de condutas vigilantes por parte dos interessados, sabedores de que o exercício desta vigilância, em benefício da melhor condução da empresa, quando sujeito a conflito de interesses, estes serão resolvidos da maneira que produza menores custos para a atividade empresarial.

Quando os custos são considerados, no cotejo entre as custas ordinárias de um processo e as despesas do procedimento arbitral, constata-se que os custos da arbitragem que num primeiro momento podem ser vistos como mais altos do que os custos judiciais, serão tidos como vantajosos numa análise que considere o tempo gasto para a obtenção da solução comparativamente entre as modalidades.⁴

Quanto às outras peculiaridades da arbitragem, pode-se dizer que seguem a tendência mundial do mercado de fluxo de capitais, ou seja, oferecer respostas rápidas e eficientes sobre os problemas que surgirão de uma relação comercial ou societária, inclusive quando se considera a vocação de internacionalização dos negócios e a possibilidade de surgirem também conflitos relacionados à jurisdição aplicável.

Para a sociedade que mantém relações comerciais em todos os continentes simultaneamente e cujas ações possuem grande volatilidade não é desejável que sofra alguma forma de estagnação em razão da existência de disputa judicial envolvendo seus sócios, por exemplo. O simples fato de existir uma disputa entre sócios ou entre sócios e a empresa pode trazer prejuízos para a sociedade. O esforço contínuo das partes na disputa e a procrastinação desta trariam desgaste e ao mesmo tempo impediriam que os pólos estivessem voltados à maximizar as atividades comerciais da empresa. Além disso, há o efeito negativo que esse embate teria sobre terceiros e potenciais investidores.

Quanto à especialidade dos árbitros, nas relações empresariais existem infinitas possibilidades de conflitos sobre as mais variadas questões. A garantia de um órgão

³ MAKANT, Barbara. **A Arbitrabilidade Subjetiva nas Sociedades Anônimas**. p.101.

⁴ Idem.

juiz especializado no tema específico da lide é a perspectiva de que a decisão seja mais justa e de que o processo para alcançá-la seja menos árduo. A prática da dinâmica de mercado não é assunto com o qual todos os magistrados mantenham profunda intimidade, devido à necessidade do seu conhecimento interdisciplinar.⁵

A ministra Elen Gracie, no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206, se posicionou sobre o tema:

é inegável que, no mundo acelerado em que vivemos, ter, ou não, acesso a fórmulas rápidas de solução das pendências resultantes do fluxo comercial, constitui diferencial significativo no poder de barganha dos contratantes.⁶

A constatação fática das vantagens da arbitragem e a sua relevância no mundo societário são corroborados pela exigência da Bovespa (Bolsa de Valores de São Paulo) da previsão da adoção da arbitragem como meio de solução de conflitos entre acionistas e companhia, ou, ainda, entre administradores e acionistas/companhia no caso de companhias abertas que desejem ingressar no Bovespa Mais.⁷

A Bovespa Mais é um segmento do mercado de balcão da bolsa de valores de São Paulo que procura diferenciar empresas que adotam boas práticas de governança, visando um crescimento sustentável tanto para a empresa, como para o próprio mercado de capitais, trazendo uma maior segurança ao investidor. Um dos requisitos para o ingresso nesse grupo seletivo de companhias é a adoção da arbitragem. A opção da determinação regulamentar da Bovespa é um indicativo da associação que se pode fazer entre a minimização dos efeitos da litigiosidade entre os sócios e a adoção da arbitragem.

Em outras palavras, a aplicabilidade da arbitragem no mundo societário é viável e acompanha o espírito de unicidade e agilidade que é caro ao mercado globalizado. Confirmando tal entendimento, o movimento de transmutação do sistema clássico de solução de controvérsias para o modelo alternativo tem se apresentado em várias legislações estrangeiras.

⁵ MAKANT, B. Obra citada. p.101.

⁶ TIMM, L. B. **Arbitragem e Sociedade de Economia Mista Superior Tribunal de Justiça**. p.107.

⁷ TIMM, Luciano Benetti. **O Acordo de Acionistas e o Uso da Arbitragem Como Forma de Resolução de Conflitos Societários**. n. 15.

Pode-se perquirir até mesmo se as sociedades que possuem participação do Estado estariam imunes a esta tendência, na medida em que essas sociedades dividam o mercado e sejam competitivas de maneira igualitária com os setores privados da economia.

Desta forma, a fim de se compreender as razões da possibilidade de utilização da arbitragem pelas Sociedades Estatais é primordial uma abordagem acerca da cláusula compromissória, convenção pela qual se torna possível e obrigatória a resolução dos conflitos na esfera privada.

3. A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

3.1. NATUREZA, CONCEITO, ELEMENTOS E CONTEÚDO

A cláusula compromissória é o acordo que submete futuras discussões à arbitragem. Pode estar inserido em outro contrato ou pode ser constituído separadamente. É calcada, portanto, na autonomia negocial das partes e tem natureza contratual.⁸ Possui, ainda, uma função pública relativa à resolução de conflitos e imprime uma dupla ordem de efeitos. Uma negativa, na qual é excluída a competência estatal e outra positiva, relacionada à obrigação de levar ao juízo arbitral os litígios oriundos da relação abrangida pelo contrato. A competência da arbitragem é absoluta e não admite prorrogação.⁹

A Lei n. 9.307/96 a define como:

[...] a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato.

Anteriormente à promulgação desta lei, entretanto, a cláusula era tratada de maneira diferenciada, sendo considerada como mera promessa de compromisso e destituída da rigidez e da cogência que lhe foram atribuídas pelo legislador em 1996. Um dos contratantes poderia, portanto, descumprir unilateralmente o acordo e se voltar

⁸ PINTO, Jose Emilio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do Código Civil**. p. 42.

⁹ ALMEIDA, Caroline Sampaio de. **Governança corporativa: arbitragem, administração de conflitos societários e desenvolvimento econômico e social**. p.69.

à esfera estatal na busca da solução das lides. Essa postura, apesar de cabível, acarretaria simplesmente em responsabilização por descumprimento contratual e ficaria afastada a competência arbitral, sem que se pudesse imputar qualquer conotação de obrigatoriedade na adoção da arbitragem.

A doutrina também a considerava uma simples promessa. Segundo Clóvis Beviláqua, a cláusula compromissória era:

[...]um Pacto preliminar, cujo objeto é a realização de um compromisso. E como obrigação de fazer, desde que *Nemo potest precise cogi ad factum* não obriga às partes à celebração do compromisso, embora o não celebrá-lo constitua infração do contrato, que dará lugar à responsabilidade civil.¹⁰

O Supremo Tribunal Federal acompanhava essa interpretação. Em decisão de 2 de junho de 1967 a Corte definiu que:

cláusula compromissória (pactum de comprometendo) ainda não é o compromisso constitutivo do juízo arbitral, mas a obrigação de o celebrar. trata-se de uma obrigação de fazer, que se resolve em perdas e danos e que, como pacto de ordem privada, não torna incompetente o juiz natural das partes, se a ele recorrem.¹¹

Tal postura prejudicava a implementação da arbitragem no sistema brasileiro, pois uma das partes, na eminência de ver afastada a sua pretensão (por não ser a titular do melhor direito), poderia obstruir o procedimento arbitral e demandar perante o Estado a sua divergência com fins meramente protelatórios.

A Lei de Arbitragem mudou esse cenário e ampliou a eficácia da cláusula compromissória. O seu art. 7, inclusive, estabelece a possibilidade de insurgência judicial contra aquele que se nega a dar seguimento ao procedimento arbitral, forçando-o a comparecer em juízo para lavrar-se o compromisso e constituir-se o processo arbitral.¹² Passa-se a entender a cláusula como uma modalidade especial de convenção,

¹⁰ LEE, João Bosco. **Parecer: Eficácia da Cláusula Arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem no Tempo. Transmissão da Cláusula Compromissória. Anti-suit Injunction.** p. 12.

¹¹ Idem.

¹² Art. 7 da Lei de Arbitragem: “Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo e lavra-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.”.

cuja existência torna inafastável a competência arbitral. Sobre essa mudança paradigmática, Pedro Baptista Martins sustenta que¹³:

[...] com a recente lei que dispõe sobre a arbitragem, deixamos o campo das discussões teóricas para adentrarmos a seara do direito positivo, onde a cláusula compromissória equipara-se ao compromisso, como meio de derrogação da competência da justiça ordinária.

A previsão normativa e a mudança de postura do Direito frente a esta alteração tiveram e têm importante papel no desenvolvimento da arbitragem no Brasil nos últimos anos e na adequação do ordenamento nacional à tendência internacional de efeito vinculativo da cláusula compromissória.¹⁴

Existem dois tipos de cláusulas compromissórias. As consideradas *cheias* contém todos os elementos necessários à imediata implementação do procedimento arbitral. Para tanto, é necessário delimitar regras específicas do procedimento ou fazer referência a uma instituição arbitral na qual será dirimido o conflito. A sua execução independe de compromisso posterior.

A outra forma é patológica. Nesta, há omissão quanto às regras aplicáveis e ao modo de instituição do procedimento arbitral, é a chamada cláusula *vazia*. Aqui se faz necessário o compromisso para dar início ao procedimento arbitral, nos termos do art. 6 da Lei 9.307/96.¹⁵

É claramente aconselhável o uso de cláusulas compromissórias *cheias*, pois ganha-se eficiência e agilidade na resolução de disputas e evita-se uma conduta postergatória de uma das partes. A negação da celebração do compromisso conduziria a uma demanda judicial que é aludida no parágrafo único do art. 6 da referida Lei:

Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

¹³ MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. p. 207.

¹⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. *Obra Citada*. p. 207.

¹⁵ Art. 6 da Lei 9.307/96: “Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.”.

A execução específica explicitada no art. 7 da Lei de Arbitragem é o meio encontrado pelo legislador de fazer valer a competência arbitral. A instauração de demanda no juízo ordinário, entretanto, rompe com um dos principais escopos da arbitragem - o sigilo.

O acordo arbitral deve ser interpretado à luz do princípio da boa-fé objetiva. Se, portanto, uma das partes impede a concretização da finalidade de um contrato, rompendo com a posição de colaboração característica da celebração negocial, estará cometendo um ilícito, conforme art. 186 do CC, o que pode fundamentar um futuro pedido de indenização por perdas e danos patrimoniais e morais. José Emílio Nunes Pinto assim se posiciona:

ainda que a parte possa lograr instaurar a arbitragem para a solução da controvérsia surgida pela aplicação da norma contida no artigos 7º da lei, caracterizado estará o ato ilícito da parte recalcitrante por violação de disposição legal, ou seja, deixou de agir com observância do princípio da boa fé, na forma prevista no artigo 422 do Código Civil. Dessa forma, a parte optou por se tornar revel ou se recusou a agir conforme havia ajustado, assistindo à outra parte o direito de reivindicar a indenização por perdas e danos, inclusive danos morais, que tenha efetivamente sofrido.¹⁶

A divulgação de um litígio pode acarretar prejuízos patrimoniais e morais. Um exemplo é justamente o caso de um conflito interno de uma sociedade com capital aberto, cuja cotação das ações pode sofrer um declínio com a publicação de detalhes de discórdias internas. A garantia do sigilo em relação àqueles que optam pela arbitragem é um fator essencial na hora da contratação que contemple esta modalidade de solução de controvérsias.

José Emílio Nunes Pinto defende que, mesmo não havendo dano patrimonial ou não tendo como prová-lo, ainda assim poderia ser considerado indenizável o dano moral da quebra de confiança entre as partes.¹⁷ Para o autor, a competência para julgar essa indenização é também do juízo arbitral. Poder-se-ia argumentar que a ação de danos não compreenderia o campo abrangido pela cláusula compromissória e que, portanto, caberia ao Poder Judiciário julgá-la. No entanto esse posicionamento destoa da essência da natureza contratual da cláusula compromissória. Nunes Pinto esclarece que:

¹⁶ PINTO, J. E. N.. Obra citada. p. 44.

¹⁷ PINTO, J. E. N. Obra citada. p. 46.

se, ao se instaurar o contencioso previsto no art. 7, afeta-se já e ainda que em parte a confidencialidade do processo arbitral, como demonstrado, remeter ao Judiciário a questão de comprovação de dano efetivo e de nexos de causalidade e determinação da obrigação de indenizar seria um contrasenso.¹⁸

O procedimento arbitral propriamente dito se inicia por ocasião da aceitação da nomeação do árbitro, quando único, ou por parte de todos os envolvidos, quando colegiado, nos termos do art. 19 da Lei de Arbitragem.¹⁹

A cláusula poderá vincular o procedimento arbitral à uma instituição apta a regular controvérsias, como por exemplo a Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial ou ainda a *International Chamber of Commerce* (ICC). Neste caso a cláusula é considerada *cheia* e não há necessidade de compromisso posterior para dar início à composição da controvérsia.

A parte que iniciar o procedimento notificará a outra por escrito do objeto em discussão e solicitará a instauração de juízo arbitral. No caso de arbitragem institucional, a parte apresentará seus argumentos iniciais diretamente à instituição, a qual, tal como na jurisdição ordinária, notificará a outra parte e nomeará os árbitros que julgarão esta lide.

A nomeação dos árbitros, portanto, poderá respeitar as regras internas de uma instituição arbitral quando esta for convencionada entre as partes ou, na omissão da escolha de uma entidade especializada, poderá ser escolhido um árbitro “ad-hoc” ou um tribunal arbitral em comum acordo que será competente para dirimir o conflito²⁰.

As causas de incompetência dos árbitros são as mesmas verificadas no procedimento ordinário com juízes togados. Segundo Art. 14 da Lei 9.307/96 estão impedidos aqueles que possuírem com as partes ou com o objeto em discussão alguma das relações que ensejam impedimento ou suspeição de juízes no Poder Judiciário. É dever daqueles indicados a serem árbitros revelar, de imediato, a existência de qualquer

¹⁸ PINTO, J. E. N. Obra citada. p. 47.

¹⁹ Art. 19 da Lei 9.307/96: “Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.”

²⁰ Art. 13 § 3º da Lei 9.307/96: “As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.”

fato que denote dúvida justificada quanto a sua imparcialidade e independência, nos termos do § 1º do mesmo artigo.

4. SOCIEDADES ESTATAIS

No que concerne aos contratos que envolvam sociedades estatais, a viabilidade da utilização das formas alternativas de solução de controvérsias normalmente é relacionada ao caráter de disponibilidade ou não dos direitos envolvidos.

A diferença em relação às sociedades comuns decorre da existência nas sociedades estatais de recursos oriundos do erário, submetidos a uma disciplina específica e ao princípio da legalidade.

Por outro lado, o objeto empresarial das sociedades estatais são variados, alguns enquadram-se na noção de serviço público (por exemplo, aqueles relacionados à geração e fornecimento de energia elétrica) outros se inserem na condição de atividade econômica em sentido estrito, equivalente aos objetos empresariais de mercado (por exemplo, uma empresa estatal para organização do turismo local).

A já tradicional separação das sociedades estatais entre prestadoras de serviço público e exercentes de atividade econômica, no modelo econômico atual, sede espaço às considerações sobre inserção no mercado e às regras de concorrência em relação à empresa estatal sob análise. Mesmo no que se refere à prestação de serviços públicos, hoje muitos são prestados sob um regime de parcial ou total concorrência, alterando-se a configuração histórica que pensava as sociedades estatais prestadoras de serviço público a partir de um regime concentrado, não concorrencial, portanto (vide serviço de telefonia).

A nova conformação das sociedades estatais e sua inserção no mercado conduzem, inclusive, a efeitos na seara processual, ligados à noção mesma de atributos da administração pública em cotejo como o exercício privado de atividades de cunho econômico. Talamini aduz nesse sentido:

O regime diferenciado atribuído à Administração Pública em matéria processual circunscreve ao âmbito da “Fazenda Pública”. Dele não aproveitam as empresas públicas e sociedades de economia mista – pouco importando que as atividades a que se dediquem constituam ou não serviço público. (...) Se nenhuma peculiaridade cerca a sua atuação em Juízo – aplicando-se-lhes as regras a que se submete a generalidade dos litigantes –

não há porque se pretender alguma especial diferenciação, do ponto de vista subjetivo, no que tange ao cabimento da arbitragem.²¹

Luciano Benetti Timm ressalta ainda que:

Por vezes, mesmo uma sociedade de economia mista prestadora de serviço público para a coletividade pode atuar como representante do Império do Estado em benefício coletivo e pode, em outras ocasiões, celebrar contratos como agente econômico privado, aí se despidendo de prerrogativas para tornar-se igual aos demais integrantes do mercado, sendo possível, neste último cenário, a utilização da arbitragem.²²

Arnold Wald reforça a superação do entendimento de que as sociedades de economia mista possuíam posição distinta no mercado, por supostamente tratarem de bens indisponíveis e de interesses públicos, e, portanto, inderrogáveis:

Sempre consideramos, desde o início da metade do século passado, que a sociedade de economia mista devia submeter-se, nas suas relações com terceiros, às normas que incidem sobre todas as demais sociedades comerciais, sem qualquer privilégio. Trata-se, aliás, de uma das importantes diferenças entre sociedade de economia mista, de um lado, e as autarquias, de outro. O entendimento que, no passado, era doutrinário e jurisprudencial é, atualmente, de caráter constitucional na medida em que o art. 173, § 1, I, da Constituição Federal reconhece a sujeição da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias “ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais trabalhistas e tributárias”. Assim sendo, não nos parece haver dúvida quanto à validade e eficácia da cláusula compromissória convencionada por sociedades de economia mista.²³

Desta foram, fica evidenciado que as sociedades de economia mista e empresas públicas estão sujeitas ao regime de Direito Privado, pois apesar da participação Estatal, atuam no mercado em paralelo com o particular.

Esse é o posicionamento de Thiago Marinho Nunes e Pedro Birman:

A idéia de que os contratos administrativos envolvem sempre direitos indisponíveis está há muito tempo ultrapassada na doutrina. Esta nova concepção está presente, inclusive, na Constituição Federal, em seu art. 173, par 1, II, que determina, de forma clara e concisa, que as sociedades de economia mista que explorem atividades econômica sujeitam-se,

²¹ TALAMINI, Eduardo. **Cabimento de Arbitragem Envolvendo Sociedade de Economia Mista Dedicada à Distribuição de Gás Canalizado**. p. 48.

²² TIMM, L. B. **Arbitragem e Sociedade de Economia Mista Superior Tribunal de Justiça**. p.174-175.

²³ WALD, Arnold. **A Arbitragem e as Sociedades de Economia Mista**. p.105.

necessariamente, ao regime próprio das empresas privadas, aí incluídos os direitos e obrigações.

Assim, tanto as obrigações quanto os direitos envolvidos em contratos privados firmados pelas sociedades de economia mista detêm traços de disponibilidade de interesses, bastando apenas que os demais princípios e normas de direito administrativo estejam presente em tais contratos, na esteira do disposto no art. 37 da CF.

Demais, a própria Lei de Arbitragem, em seu art. 1, autoriza todas as pessoas capazes a contratar cláusulas de arbitragem quando os direitos envolvidos forem disponíveis. Logo, tal norma legal, de grande amplitude, engloba, indubitavelmente, as sociedades públicas e de economia mista e, conforme leciona DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, consagra a arbitragem para todos os direitos patrimoniais disponíveis, sejam eles do Estado ou do cidadão comum.²⁴

Com um pequeno ajuste no que se refere à condição de exercício de atividade econômica como sendo o ponto fundamental para a equiparação da sociedade estatal às empresas privadas, pode-se concluir que a inserção no mercado da empresa, permitindo-lhe concorrer com outros agentes econômicos, deve ser considerado o elemento identificador da natureza da sociedade estatal que se sujeita ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive no que se refere à utilização da arbitragem. Em tal circunstância, a natureza da atividade empresarial supera questionamentos relacionados à disponibilidade ou indisponibilidade de direitos.

O STJ, inclusive, já se posicionou em defesa da possibilidade da utilização da arbitragem por Sociedades Estatais, não importando se essas exercem atividade econômica ou prestam serviços públicos:

Outra questão que merece análise mais detida diz respeito à possibilidade de uma sociedade de economia mista celebrar contrato de compra e venda com cláusula compromissória.

A sociedade de economia mista é uma pessoa jurídica de direito privado, com participação do Poder Público e de particulares em seu capital e em sua administração, para a realização de atividade econômica ou serviço público outorgado pelo Estado. Possuem a forma de empresa privada, admitem lucro e regem-se pelas normas das sociedades mercantis, especificamente pela Lei das Sociedades Anônimas – Lei n. 6.404/76.

É certo que a Emenda Constitucional n. 19/98 previu a edição, por lei, de estatuto jurídico para as sociedades de economia mista exploradora de atividade econômica (CF, art. 173), com vistas a assegurar sua fiscalização pelo Estado e pela sociedade, bem como sua sujeição aos princípios norteadores da Administração Pública. Isso não representa, entretanto, o engessamento dessas empresas no que diz respeito à possibilidade de se utilizarem dos mecanismos de gerência e administração próprios da iniciativa privada, direcionados para o pleno desenvolvimento de suas atividades comerciais, mormente diante do teor do art. 173, § 1º, I, da CF, que

²⁴ NUNES, Thiago Marinho e BIRMAN, Pedro. **Arbitragem. Anti-Suit Injunctions e Contratos com Sociedades de Economia Mista.** p.160-161.

reconhece a sujeição da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias 'ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias', e do disposto no art. 235 da Lei das S.A.

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

(STJ – Resp 612439 – Segunda Turma – Rel. Min. João Otávio de Noronha – J. 14.09.2006)

A opção pela arbitragem não conduz à abdicação de direitos pelo contratante público. Para Dalmo Dallari essa opção seria a escolha de

uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça.²⁵

Com efeito, é possível interpretar que não há limitação objetiva, além daquelas previstas na própria Lei de Arbitragem²⁶, ao uso da arbitragem nessas Sociedades, dado o caráter privatista das suas relações negociais e a autorização constitucional (Art. 173, § 1º, II da CF) e jurisprudencial já consolidada.

Para Bruno Lima Caldeira de Andrade, entretanto, essa possibilidade irrestrita da utilização da cláusula compromissória esbarraria nas

contratações decorrentes de bens e serviços oriundos do Orçamento de Investimentos das Estatais, além daqueles não relacionados à área fim da empresa, entendendo, nesse caso, os que não estejam relacionados estritamente a questões de cunho comercial presentes no objeto social descrito no estatuto da companhia, não são passíveis de serem abarcadas pela arbitragem.²⁷

Efetivamente, dois outros aspectos são fundamentais quanto à aceitação de instrumentos privados, derogatórios das peculiaridades das relações de ordem pública estatal. O primeiro relaciona-se à possibilidade da sociedade estatal ser beneficiada com

²⁵ DALLARI, Dalmo. **Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista**. p. 418.

²⁶ Em suma, a disponibilidade do direito em questão: Art. 1º da Lei 9.307/96: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

²⁷ ANDRADA, Bruno Lima Caldeira de. **A possibilidade de aplicação de juízo arbitral nos contratos firmados por sociedade de economia mista**.

investimentos estatais diretos, como parte de uma política de investimento não extensivo às concorrentes, nesta hipótese, as relações jurídicas decorrentes destes investimentos, em razão de seu caráter excepcional e que refoge aos princípios do mercado, não se compatibilizam com a aplicabilidade das normas privadas de utilização das modalidades alternativas de solução de controvérsias. O segundo reside na peculiaridade da sociedade de economia mista, em razão de sua composição acionária, agir não apenas em prol de seu objeto societário empresarial direto, como também como instrumento de efetivação de políticas públicas, quando, então, a arbitragem não será aplicável como modo de solução de controvérsias.

5. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Na prática internacional a arbitragem é frequentemente utilizada pelas entidades da administração pública indireta. Legislações estrangeiras, bem como a jurisprudência arbitral internacional têm se posicionado em favor da arbitragem nas sociedades com participação estatal. A tendência atual, aliás, vai mais além, remetendo a estudos sobre a arbitrabilidade das questões envolvendo os contratos administrativos em sentido estrito, estando superada qualquer questão em relação aos entes sujeitos às normas de direito privado.

Em Portugal, por exemplo, o art. 1º, 4 da Lei de Arbitragem Voluntária autoriza o Estado a utilizar-se diretamente da arbitragem.²⁸ No mesmo sentido, na Bélgica também é explícita a possibilidade de utilização da arbitragem por entes de Direito Público, nos termos do artigo 1.676 do *Belgian Judicial Code*.

O mesmo ocorre na Bolívia, cuja Lei de Arbitragem e Conciliação prevê, em seu artigo 4, I, que o Estado e pessoas jurídicas de Direito Público podem firmar cláusula compromissória de arbitragem, desde que o direito em questão seja disponível.

Da mesma forma, a Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional (Genebra – 1961) já previa, no seu artigo 11, a possibilidade do Estado e das pessoas jurídicas de Direito Público acordarem convenção arbitral válida.

As legislações da Suíça e Venezuela, por outro lado, confirmam, de maneira explícita a possibilidade de empresas públicas ou sociedades com participação estatal elegerem o foro arbitral para resolução de conflitos.

²⁸ ROMÃO, Dalila. *Arbitragem e Administração Pública em Portugal*. p. 185.

A *Loi Fédérale sur Le Droit International Privé*, da Suíça, estipula, no Capítulo Arbitragem Internacional que um Estado ou qualquer organização por este controlada não poderá invocar sua legislação natal para contestar a arbitrabilidade de um litígio ou sua capacidade de ser parte em uma convenção arbitral.

A legislação venezuelana também se posiciona nesse sentido, apesar de impor, nos artigos 4 e 50 da *Ley de Arbitraje Comercial*, requisitos adicionais para que sociedades controladas pelo Estado possam firmar convenções arbitrais.

Julgados da Corte Internacional do Comércio são uníssonos no sentido das sociedades estatais poderem firmar compromisso arbitral, não podendo se eximir alegando particularidades e restrições próprias do seu Direito interno, as quais, ressalta-se, não encontram congruência no sistema brasileiro. Isso ocorreu, por exemplo, no Caso n. 6.162, de 1990, envolvendo uma empresa pública egípcia e no Caso n. 11.559, de 2002, no qual foram afastadas as alegações de empresas que integram a administração pública no Brasil de que estas não poderiam participar de processo arbitral.²⁹

6. OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS

A adoção de cláusula compromissória *cheia*, dotada dos elementos indispensáveis à sua efetividade, permitirá que as situações de conflito sejam submetidas à apreciação de um ou mais profissionais, familiarizados com o tema, que tenderão a promover a pacificação na relação negocial de forma ágil, sigilosa e, portanto, mais eficiente do ponto de vista econômico e social.

Para que arbitragem seja uma opção viável, os direitos questionados devem estar inseridos na categoria dos disponíveis. As relações empresariais são as que mais perfeitamente se enquadram nas especificidades que se compatibilizam com a arbitragem. Esta pode garantir, mesmo num contexto de insatisfação tópica, o sigilo e o profissionalismo que poderão contribuir para o restabelecimento do ambiente negocial quando interessante às partes e minimizar o impacto das disputas internas de uma empresa.

A natureza, porém, dos agentes envolvidos não é essencial para o descarte ou a manutenção do compromisso de arbitragem. As sociedades estatais podem dela se

²⁹ DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmem. **Direito Internacional Privado: Arbitragem Comercial Internacional**. p. 418.

utilizar desde que a litigiosidade esteja vinculada ao objeto empresarial exercido pela empresa e que esta exerça sua atividade num regime de concorrência com as demais empresas privadas.

A experiência comparada demonstra uma tendência do Direito em admitir a arbitragem como forma de solução de controvérsias e, sobretudo, em minimizar a litigiosidade com base no procedimento, garantindo a efetividade da opção pelo sistema arbitral e os efeitos daí pretendidos.

A prática das sociedades economicamente e socialmente mais desenvolvidas corrobora o que se quer demonstrar neste escrito, no sentido de que as relações negociais de maior prazo pressupõem um ambiente propício ao afastamento dos percalços da busca do Poder Judiciário para dirimir direitos que podem ser resolvidos na esfera privada. Não só a arbitragem, mas também a prática da mediação, anterior à própria arbitragem, tornam-se cada vez mais correntes.

Há a aceitação da arbitragem não só nos sistemas jurídicos dos países desenvolvidos, como também por economias que ainda buscam se estabelecer. A experiência brasileira em relação à arbitragem projeta seus primeiros passos. Apresentar estudos sobre o tema, inclusive para além do tabu que representava um obstáculo quanto às empresas estaduais, pode contribuir para a difusão de uma prática que pode contribuir para a maturidade da organização social e para o desenvolvimento econômico, em razão de sua maior potencialidade de maior eficácia, comparativamente ao modelo tradicional de solução de controvérsias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Caroline Sampaio de. **Governança corporativa: arbitragem, administração de conflitos societários e desenvolvimento econômico e social.** Curitiba, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

ANDRADA, Bruno Lima Caldeira de. **A possibilidade de aplicação de juízo arbitral nos contratos firmados por sociedade de economia mista.** Teresina, ano 12, n. 1687, 13 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10942>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

BARBOSA, Joaquim Simões. **STJ confirma validade de cláusula compromissória estipulada por sociedade de economia mista prestadora de serviço público.** Revista

de Arbitragem e Mediação, n. 12, ano 4, jan./mar 2007, São Paulo: Revista dos Tribunais.

BARROSO, Luis Roberto. **Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal – Invalidade.** Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e Arbitragem, n. 19, Jan./Mar. 2003

BELLA, Enrico. **A Arbitragem Societária Italiana.** Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo: IOB, n. 14, Abr./Jun. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Cláusula compromissória. Sociedade de Economia Mista. Direitos disponíveis. Extinção sem julgamento do mérito.** R.E. n. 606.345, do Rio Grande do Sul. AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda X Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEE. Relator: Min João Otavio de Noronha. Acórdão de 17 de maio de 2007. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 14, ano 4, jul./set 2007, São Paulo: Revista dos Tribunais.

DALLARI, Dalmo. **Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista.** Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e Arbitragem, n. 18, Out./Dez. 2002.

DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmem. **Direito Internacional Privado: Arbitragem Comercial Internacional.** Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

LEE, João Bosco. **O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul.** Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 8, ano 3, abr./jun, 2000.

LEE, João Bosco. **Parecer: Eficácia da Cláusula Arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem no Tempo. Transmissão da Cláusula Compromissória. Anti-suit Injunction.** Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo: IOB, n. 11, Jul./Set. 2006.

_____. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul.** Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Parecer: eficácia da cláusula arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem o tempo. Transmissão da cláusula compromissória *Anti-suit Injunction*.** Revista Brasileira de Arbitragem, n.11, jul./set 2006, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.

MAKANT, Barbara. **A Arbitrabilidade Subjetiva nas Sociedades Anônimas.** Revista de Arbitragem e Mediação, n. 4, Jan./Mar. 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

NUNES, Thiago Marinho e BIRMAN, Pedro. **Arbitragem. Anti-Suit Injunctions e Contratos com Sociedades de Economia Mista**. Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo: IOB, n. 8, Out./Dez. 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. **A arbitragem e as parcerias público-privadas**. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 12, ano 4, jan./mar 2007, São Paulo: Revista dos Tribunais.

PINTO, Jose Emilio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do Código Civil**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 4, Jan./Mar. 2005.

ROMÃO, Dalila. **Arbitragem e Administração Pública em Portugal**. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 22, ano 6, jul./set. 2009, São Paulo: Revista dos Tribunais.

TALAMINI, Eduardo. **Cabimento de Arbitragem Envolvendo Sociedade de Economia Mista Dedicada à Distribuição de Gás Canalizado**. Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo: IOB, n. 04, Out./Dez. 2004.

TIMM, Luciano Benetti. **O Acordo de Acionistas e o Uso da Arbitragem Como Forma de Resolução de Conflitos Societários**. Revista Brasileira de Arbitragem. Jul./Set. 2007, São Paulo: IOB, n. 15.

_____. **Arbitragem e Sociedade de Economia Mista Superior Tribunal de Justiça**. Revista Brasileira de Arbitragem. n. 16, Jul./Set 2007, São Paulo: IOB.

WALD, Arnold. **A Arbitragem e as Sociedades de Economia Mista**. Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo: IOB, n. 0, p.105, Jul./Out. 2003.