

A ARBITRAGEM E AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Marlon Tomazette*

Resumo

A arbitragem representa uma forma alternativa de solução de controvérsias mais ágil do que a solução estatal, especialmente no comércio internacional. Todavia, nem tudo está sujeito à arbitragem. Só podem ser submetidos a tal forma alternativa de solução de controvérsias os litígios envolvendo direitos disponíveis. Nas relações com entidades de administração pública indireta, existem direitos indisponíveis, mas também existem questões disponíveis que, a princípio, poderiam ser submetidas à arbitragem. Ocorre que as entidades da administração pública, incluídas as sociedades de economia mista, são regidas pelo princípio da legalidade. Em razão disso, entende-se que a submissão à arbitragem das sociedades de economia mista depende de autorização legal específica aliada à arbitrabilidade da matéria em discussão.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração pública. Sociedade de economia mista. Princípio da legalidade.

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar se a arbitragem pode ser usada em contendas envolvendo sociedades de economia mista. Estas entidades imiscuem-se em atividades internacionais, nas quais a tendência é a utilização da arbitragem pelas suas vantagens comparadas com

* Procurador do Distrito Federal, Advogado, Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UNICEUB e Professor de Direito Comercial no UniCEUB e na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal.

a solução estatal para os conflitos. Apesar disso, há que se analisar se é possível a tais entidades submeter-se à arbitragem, tendo em vista as discussões sobre o objeto da arbitragem e sobre a atuação das sociedades de economia mista.

Para tentar resolver tal indagação, é fundamental conhecer a arbitragem, comparando-a com a solução estatal dos conflitos e mostrando suas vantagens. Vale a pena destacar o fato da discussão sobre a constitucionalidade desse sistema alternativo de solução de controvérsias, que afasta a jurisdição estatal. Ademais, é oportuno esclarecer a distinção entre a arbitragem interna e a internacional, que tem sido extremamente utilizada.

Vê-se claramente que a arbitragem decorre de ato de vontade das partes envolvidas, a chamada convenção de arbitragem, a qual pode ser um compromisso arbitral ou uma cláusula compromissória, que possuem suas diferenças. Qualquer que seja o ato de vontade nem tudo pode ser submetido à arbitragem, isto é, o conflito deve possuir a chamada arbitrabilidade.

Para tanto, deve-se fazer uma análise sobre a sociedade de economia mista, em especial sua atuação e o regime a que se submete. Com base nessas noções e nas noções sobre a arbitragem, é possível verificar a submissão das sociedades de economia mista à arbitragem por meio das opiniões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria.

2 A arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos

Na sociedade moderna, onde foi afastada a autodefesa, salvo hipóteses excepcionais, sendo monopólio do Estado a coação física legítima, compete-lhe solucionar a grande maioria dos conflitos de interesses, a fim de assegurar a paz social. O Estado dita regras que disciplinam as relações

sociais – o direito objetivo – e soluciona os conflitos de interesses, aplicando as regras do direito objetivo por meio do processo.

No exercício desse mister, o Estado garante aos cidadãos o direito à tutela jurisdicional, mediante o exercício do direito de ação, vale dizer, o direito à solução dos conflitos intersubjetivos de interesses pelo Estado, enquanto sujeito imparcial, por meio do processo, atuando-se a vontade da lei ao caso. Por vezes, a prestação jurisdicional leva um tempo incompatível com a possibilidade de fruição do bem da vida em disputa. Na justiça nacional, alguns feitos tramitam por longos períodos, e, em diversas hipóteses, o interesse que ensejou a propositura da ação esvaiu-se, inclusive pela morte do interessado, descumprindo-se o escopo social da jurisdição: a pacificação social.

Com o intuito de minimizar esses problemas de celeridade, surgiu a arbitragem como forma alternativa e rápida para a solução dos conflitos. Com efeito, não há identidade entre o poder estatal e o arbitral. O primeiro representa a atuação do monopólio estatal de elaboração e imposição de regras aos particulares, por meio de um poder de império, uma autoridade, a soberania. Por sua vez, o poder arbitral não decorre de imposição, mas sim da vontade dos envolvidos. Enquanto a jurisdição estatal se investe contra todos, a arbitragem apenas pode ser acionada pela vontade das partes que se submetam a ela. Embora ambivalentes, atuação jurisdicional do Estado e arbitragem possuem natureza, mecanismos e formas de atuar diversas.

3 Conceito de arbitragem

Pode-se conceituar a arbitragem como a

instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e ou

direito público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais¹.

Outro conceito pode ser extraído de Carlos Alberto Carmona, para quem a arbitragem

é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem a intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial².

A arbitragem pode ser pública quando envolve sujeitos de direito público, sendo resolvida por meio do direito internacional público. Por outro lado, é privada quando envolve sujeitos privados, particulares, não sendo solucionada pelo direito público, mas sim pelo direito internacional privado.

Qualquer que seja o conceito adotado é certo que a arbitragem representa, em última análise, uma forma alternativa de solução de conflitos, na qual predomina a autonomia da vontade dos envolvidos, os quais atribuem a um terceiro, alheio à disputa e não-integrante do Poder Judiciário, o poder de decidir o conflito. As partes submetem-se voluntariamente a essa forma de solução que tende a ser mais ágil do que a solução jurisdicional tradicional. Neste conceito, destaca-se a força executória da decisão arbitral que, se não for cumprida espontaneamente, pode ser cumprida de modo forçado, por meio da atuação jurisdicional.

Do exposto, vê-se que a arbitragem representa uma forma alternativa de solução de controvérsias, alheia à atuação do Poder Judiciário. Esse afastamento da atuação do Poder Judiciário já gerou alguns questionamentos sobre a constitucionalidade da arbitragem, diante da

¹ STRENGER, Irineu. *Comentários à lei brasileira de arbitragem*. São Paulo: Ltr, 1998. p. 17.

² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 43.

Constituição Federal de 1988, em especial do seu artigo 5º, XXXV, que assevera nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poder ser afastada da apreciação do Poder Judiciário e da garantia do devido processo legal. Entretanto, a violação é apenas aparente.

Ao contrário de gerar vícios de inconstitucionalidade,

os princípios constitucionais do processo não serão encarados como barreiras, impedindo a adoção de institutos novos, mas no sentido de que podem contribuir no aprimoramento do acesso à justiça, na medida em que forem estudados pela doutrina e, realmente vivenciados no foro³.

A arbitragem é uma das formas de garantir soluções mais ágeis para os conflitos, por isso não pode ser entendida como qualquer violação ao texto constitucional.

O que se pretende garantir com o artigo 5º, XXXV é a possibilidade de as partes recorrerem ao Poder Judiciário se assim quiserem, o que não as impede de afastar a atuação do Judiciário, por um ato de vontade, preferindo a solução arbitral. Não se pode impedir que os indivíduos, querendo a atuação do Estado, não tenham o acesso a essa atuação⁴. O Supremo Tribunal Federal, assim, decidiu a questão, afirmando que, em tese, a arbitragem, da forma apresentada, é constitucional no Brasil⁵.

“Estamos diante de uma opção concedida pelo sistema normativo vigente e, portanto, de uma faculdade concedida às partes litigantes para buscarem essa forma alternativa de solução dos seus

³ FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei de arbitragem comentada**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 10.

⁴ GARCEZ, José Maria Rossani. Constitucionalidade da Lei 9.307/96. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 356, out./dez. 2000.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. SE AgR 5206/EP. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 12 dez. 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, 30 abr. 2004. Brasília.

conflitos”⁶. Assim, a jurisdição estatal é afastada pelas partes por um ato de vontade que pode ser denominado genericamente de *convenção de arbitragem*.

4 Arbitragem comercial internacional

A lei 9.307/96 não define a arbitragem internacional, mas define o que vem a ser a sentença arbitral estrangeira, como aquela proferida fora do território nacional (art. 34, parágrafo único). Em se tratando de sentença estrangeira, ela só produzirá efeitos no Brasil se for homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

A arbitragem pode ser considerada internacional por dois critérios. O primeiro é o objetivo ou jurídico, pelo qual a arbitragem é internacional quando tem contatos objetivos com mais de um ordenamento jurídico⁷, isto é, quando, em razão da conclusão ou da execução do contrato, da nacionalidade das partes envolvidas ou pela localização do objeto, a arbitragem envolve mais de um ordenamento jurídico⁸. Corroborando tal assertiva, vemos a afirmação de Nádia de Araújo, para quem

A arbitragem internacional deve envolver relação jurídica subjetivamente internacional, ou seja, ter partes domiciliadas em países diversos, ou conter algum elemento objetivo estrangeidade, isto é, local de sua constituição, do cumprimento da prestação, etc⁹.

⁶ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem**. São Paulo: RT, 1997. p. 99.

⁷ BASSO, Maristela. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 308, jul./set. 2000. LEE, João Bosco. **Direito comercial internacional: arbitragem**. Florianópolis: OAB/SC, 2002. p. 40.

⁸ BAPTISTA, Luis Olavo. **Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 17.

⁹ ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 420.

A lei modelo da UNCITRAL define a arbitragem internacional de modo similar, asseverando que:

Artigo I

Campo de Aplicação

1 - A presente Lei aplica-se à arbitragem comercial internacional; ela não contende com qualquer acordo multilateral ou bilateral a que o presente Estado se encontra vinculado.

2 - As disposições da presente Lei, à exceção dos arts. 8, 9, 35 e 36, só se aplicam se o lugar da arbitragem estiver situado no território do presente Estado.

3 - Uma arbitragem é internacional se:

a) as partes, numa convenção de arbitragem, tiverem, no momento da conclusão desta Convenção, o seu estabelecimento em Estados diferentes; ou

b) um dos lugares a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm o seu estabelecimento:

I) o lugar da arbitragem, se estiver fixado na convenção de arbitragem ou for determinável de acordo com esta;

II) qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o lugar com o qual o objeto do litígio se ache mais estreitamente conexo; ou

c) as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção da arbitragem tem conexões com mais de um país.

4 - Para fins do § 3 do presente artigo:

a) se uma parte tiver mais de estabelecimento, o estabelecimento a tomar em consideração é aquele que tem a relação mais estreita com a convenção de arbitragem;

b) se uma parte não tiver estabelecimento, revela para este efeito a sua residência habitual.

5 - A presente Lei não contende com qualquer outra Lei do presente Estado em virtude da qual certos litígios não possam ser submetidos à arbitragem ou apenas o possam ser por aplicação diferentes das da presente Lei.

Apresenta-se o segundo critério, tido como econômico, pelo qual a arbitragem seria internacional se dissesse respeito à negociação que

ultrapassa fronteiras¹⁰. Trata-se de um critério de origem francesa, pelo qual se estabelece que um contrato é internacional quando seu objetivo implique “um fluxo e refluxo de capitais sobre fronteiras”¹¹.

Embora não possua limitação material, é certo que a arbitragem tem sido amplamente utilizada para solução de conflitos, envolvendo o comércio internacional.

Em que pese a arbitragem prestar-se adequadamente à solução de conflitos de natureza diversa, adquire foro preferencial e finalidade específica em questões decorrentes de relações comerciais e, em particular, as internacionais, onde há necessidade de conhecimentos específicos tanto de direito internacional e comercial como de costumes e praxes do comércio.¹²

Além disso, é certo que a celeridade de tal solução, comparada à solução jurisdicional estatal, é outro motivo para adoção da arbitragem internacional.

Em razão de todos esses benefícios, há grande proliferação da arbitragem como meio de solução dos conflitos relativos ao comércio internacional. Pode-se dizer que, hoje, cerca de 90% dos contratos internacionais lançam mão da arbitragem para a solução dos eventuais litígios que dele decorram¹³.

¹⁰ LEE, João Bosco. **Direito comercial internacional**: arbitragem. Florianópolis: OAB/SC, 2002. p. 41.

¹¹ VALENÇA FILHO, Clávio. Aspectos de direito internacional privado na arbitragem. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 7, p. 388, jan./mar. 2000.

¹² FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem**. São Paulo: RT, 1997. p. 89-90.

¹³ RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem privada internacional no Brasil**: depois da Lei 9.307 de 23.09.1996 teoria e prática. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 15.

5 Conveção de arbitragem

Qualquer que seja a forma da arbitragem é afastada por meio de um ato de vontade, chamado convenção de arbitragem, a qual abrange a chamada cláusula compromissória e o compromisso arbitral (art. 3º da Lei 9.307/96). A cláusula compromissória representa a promessa de instituir o juízo arbitral¹⁴. Em outras palavras,

por cláusula compromissória devemos entender o pacto acessório pelo qual as partes convêm em submeter à jurisdição arbitral as disputas que surjam no transcorrer de determinada relação jurídica, em termos genéricos, sem menção à espécie de litígio nem ao nome dos árbitros¹⁵.

As partes podem, em um contrato, firmar a promessa de instituir a arbitragem para a solução de conflitos decorrentes desse contrato.

Trata-se de cláusula autônoma em relação ao contrato, pois, mesmo que o contrato padeça de vício de nulidade, a cláusula mantém-se nos termos do artigo 8º da Lei 9.307/96. Tal pacto deve ter a forma escrita e deve limitar-se a relações jurídicas determinadas. Pode-se afirmar que a cláusula compromissória é um negócio jurídico processual, uma vez que a vontade manifestada pelas partes produz efeitos imediatos em relação à jurisdição estatal e à jurisdição arbitral¹⁶. Trata-se uma espécie de contrato compromissório¹⁷.

A cláusula compromissória não representa a instituição da arbitragem em si, a qual depende de as partes firmarem, posteriormente, o compromisso arbitral. Para garantir a sua efetividade, a Lei 9.307/96, em seu

¹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 73.

¹⁵ FIUZA, Cezar. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 106-107.

¹⁶ CARMONA, op. cit., p. 82.

¹⁷ FIUZA, op. cit., p. 107.

artigo 7º, assegurou a execução específica da cláusula compromissória, vale dizer, se uma parte se recusar a firmar o compromisso arbitral, a outra parte pode recorrer ao judiciário, para que seja firmado o compromisso arbitral.

Vê-se, pois, que o compromisso arbitral gera a instauração da arbitragem, isto é, com o compromisso, a arbitragem pode efetivamente atuar. Ele representa uma convenção bilateral pela qual as partes afastam a jurisdição estatal e atribuem a um terceiro escolhido pelas partes¹⁸, denominado árbitro, o poder para solucionar as pendências entre eles¹⁹. “Compromisso arbitral é, pois, convenção bilateral pela qual as partes renunciam à jurisdição estatal e se obrigam a se submeter à decisão de árbitros por elas indicados”²⁰. Trata-se de um contrato típico, puro, consensual ou formal, bilateral, de execução diferida, negociado e acessório²¹.

Nesse compromisso, é obrigatória a indicação das partes envolvidas, do árbitro ou árbitros escolhidos, da matéria que será objeto da arbitragem e do lugar onde será proferida a sentença arbitral. A diferença fundamental entre o compromisso e a cláusula compromissória é que o primeiro diz respeito a litígio atual e específico, e a segunda refere-se a litígio futuro e incerto²².

6 Arbitrabilidade

A convenção de arbitragem afasta a jurisdição estatal, para permitir a solução do conflito pela arbitragem. Entretanto, há certos limites para submissão à arbitragem, isto é, nem tudo pode ser subjetivo à

¹⁸ FIÚZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 90

¹⁹ MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 219.

²⁰ FIUZA, op. cit., p. 90.

²¹ Ibidem, p. 92.

²² Ibidem, p. 109.

arbitragem. A lei 9.307/1996, em seu artigo 1º, limita a matéria da arbitragem a desavenças que digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis de pessoas que tenham capacidade para contratar. Em outros países do Mercosul, faz-se referência à questão de transação²³.

Em suma, a arbitrabilidade decorreria de dois elementos, quais sejam, a patrimonialidade e a disponibilidade. Pela patrimonialidade, deve-se entender o que é abrangido pelo patrimônio, isto é, o que se insere no conjunto de relações jurídicas economicamente apreciáveis dela. Além disso, exige-se a disponibilidade que significa a possibilidade qualitativa de alienação, a qualquer título, dos bens ou direitos²⁴. Pode-se afirmar, então, que só estão sujeitas à arbitragem as questões envolvendo direitos que podem ser exercidos livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente regulando o exercício desse direito, isto é, direitos que podem ser livremente alienados ou negociados²⁵.

Vê-se, pois, que a arbitrabilidade se refere apenas aos direitos que “se caracterizassem pela disponibilidade jurídica, que se manifestam pela admissão de atos de apropriação, comércio, alienação e, em geral, disposição”²⁶. Todavia, para alguns, tal noção é de difícil compreensão, não podendo limitar-se o conceito de disponibilidade, devendo-se recorrer à noção de ordem pública, aliada à questão da patrimonialidade²⁷. Embora não

²³ LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 8, p. 348, abr./jun. 2000.

²⁴ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da arbitrabilidade. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 363, out./dez. 2000.

²⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 48.

²⁶ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem**. São Paulo: RT, 1997. p. 109-110.

²⁷ LEE, op. cit., p. 351-353.

mencionada expressamente pela lei, é certo que a noção de ordem pública deve ser levada em conta para a determinação da arbitrabilidade.

Diante disso, é certo que matérias, como direito de família, questões de capacidade, bens fora do comércio, direito penal e sucessões, não estão sujeitas à arbitragem. Todavia, se a discussão for apenas sobre o valor de uma pensão, nesse caso, poderá haver a submissão à arbitragem²⁸. Do mesmo modo, “os direitos (interesses) indisponíveis, como os difusos, os coletivos, os individuais homogêneos estão completamente fora da área de abrangência da arbitragem”²⁹. No Brasil, também se afastam da arbitragem as questões de falência e concorrência³⁰.

A par da noção de arbitrabilidade como objetiva, João Bosco Lee apresenta a noção de uma arbitrabilidade subjetiva, entendida como que se referiria à atitude do Estado, do estabelecimento ou do órgão público, ou do particular de concluir uma convenção arbitral³¹. Trata-se de questão de capacidade dos envolvidos na convenção.

Nas questões envolvendo a administração pública em suas diversas esferas, já não se discute a arbitrabilidade subjetiva, pois há claramente capacidade para contratar. Todavia, a arbitrabilidade objetiva ainda é extremamente discutida, especialmente no que tange às sociedades de economia mista. Assim, entendemos que esse não é o único aspecto a ser avaliado.

²⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 48. LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 8, p. 354-48, abr./jun. 2000.

²⁹ FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei de arbitragem comentada**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 10.

³⁰ LEE, op. cit., p. 357.

³¹ *Ibidem*, p. 348.

7 Sociedades de economia mista

Há, especialmente no Brasil, grande atuação estatal na vida econômica, seja prestando serviços públicos, seja exercendo atividade econômica. Essa atuação estatal pode ser feita diretamente, ou por meio de entidades personalizadas, criadas para o exercício de certas atividades econômicas, ou para a prestação de serviços públicos. Entre essas entidades personalizadas, encontram-se as empresas e as sociedades de economia mista.

As sociedades de economia mista são entidades da administração pública indireta, dotadas de personalidade de direito privado, criadas por autorização legal, sob a forma de sociedade anônima, cuja maioria do capital social votante pertence a uma entidade da administração pública, havendo conjugação com o capital privado. Tal definição é uma adaptação do conceito legal decorrente do Decreto-lei 200/67.

A sociedade de economia mista não é um sujeito de direito público; possui personalidade de direito privado. Apesar disso, é uma entidade da administração pública, por isso está sujeita aos princípios constitucionais elencados pelo artigo 37 da Constituição Federal, tais como, os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Outrossim, é certo que está sujeita a normas inerentes a tal condição de ente da administração pública, com as adequações decorrentes da natureza da atividade exercida, como, por exemplo, a sujeição ao procedimento licitatório. Neste particular, há que se ressaltar que, no que diz respeito às atividades corriqueiras das sociedades exploradoras de atividade econômica (atividade-fim), não há sujeição à licitação³² (art. 17, II, “e” da Lei 8666/93), na medida em que isso inviabilizaria a atuação da entidade, porém, nos demais casos, impõe-se a realização de licitação.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 132.

Tais entidades são criadas mediante autorização legal, que definirá, também, o seu objeto, sendo o seu traço mais característico. A lei autoriza a criação da sociedade, no entanto sua constituição obedecerá ao procedimento normal de uma sociedade anônima. A autorização da criação por lei pode significar a desapropriação do controle acionário de alguma companhia.

Além disso, deve haver a conjugação dos capitais público e privado, sendo o controle (a maioria das ações com direito a voto) pertencente a uma entidade da administração pública, seja pela União, pelo Estados ou pelos municípios, seja por uma entidade da administração indireta. Se a totalidade do capital pertencer a entidades da administração pública, estaremos no caminho de uma empresa pública, e não de uma sociedade de economia mista.

Há que se ressaltar que a simples conjugação dos capitais público e privado não lhe dá a natureza de sociedade de economia mista, sendo imprescindível, em qualquer âmbito, a autorização legal para caracterizar-lhe como tal³³. A maioria do capital público, conjugada ao capital privado, dá-lhe a condição de uma sociedade comum, sujeita em tudo ao mesmo regime das entidades privadas³⁴.

Tais sociedades têm a forma de sociedades anônimas mesmo no âmbito estadual e municipal, não por força do Decreto-lei 200/67, mas por força da Lei 6.404/76. Com efeito, o Decreto-lei 200/67 aplica-se, exclusivamente, à administração pública federal, embora seja, normalmente, copiado pelos demais entes da federação. Desse modo, a obrigatoriedade da forma de sociedade anônima não se estenderia a estados e municípios.

³³ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 100. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1. Turma. RE 91.035/RJ. Relator Ministro Soares Muñoz. **Diário da Justiça**, Brasília, 15 out. 1979.

³⁴ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4. t. 1. p. 338.

Todavia, a Lei 6.404/76 que é uma norma de direito comercial, matéria de competência privativa da União Federal, afirma que as sociedades de economia serão disciplinadas nos seus termos, com as derrogações decorrentes de regras específicas. Em função disso, todas as sociedades de economia mista obedecerão aos termos da Lei 6.404/76 e, conseqüentemente, terão a forma de sociedade anônima.

Embora seja reputada inconstitucional por alguns³⁵, a lei 6.404/76 traz regras especiais relativas à disciplina das sociedades de economia mista. A nosso ver, tal regime peculiar não é incompatível com o disposto no artigo 173, § 1º da Constituição Federal, na medida em que não representa nenhum favorecimento da entidade da administração pública em face das entidades de direito privado. O que há é adequação às peculiaridades de tal tipo de companhia.

Nas sociedades de economia mista, o conselho de administração é obrigatório, sendo assegurada aos acionistas minoritários a eleição de, pelo menos, um membro, se número maior não lhe for assegurado por meio do processo da votação múltipla. Garante-se, desse modo, a representação do capital privado na administração da companhia, compatibilizando-se os interesses público e privado que devem conviver em tal instituição.

Outrossim, o conselho fiscal tem funcionamento permanente, a fim de conciliar os interesses públicos e privados convergentes na companhia. Um membro do conselho será eleito pelas ações ordinárias minoritárias, e outro, pelas ações preferenciais, cabendo ao controlador a eleição dos demais. Além da fiscalização orgânica, dada a utilização de recursos públicos, as sociedades de economia mista estão sujeitas à

³⁵ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 4 ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1998. p. 436-437.

fiscalização pelos tribunais de contas e pela SEST – Secretaria de Controle das Empresas Estatais (Decreto 93.217/86).

A nosso ver, a Lei 11.101/2005, em seu artigo 2º, não submete tais entidades à falência. Tal exclusão padece de vícios de inconstitucionalidade se aplicada de forma absoluta, ou seja, deve ser feita interpretação adequada do dispositivo de modo a aplicá-lo apenas às exploradoras de atividades econômicas. Há que se fazer tal distinção, pois, sob a ótica do direito administrativo, devem-se diferenciar as exploradoras de atividade econômica, sujeitas ao mesmo regime das entidades de direito privado, inclusive no que tange as obrigações trabalhistas e tributárias (art. 173, § 1º da Constituição Federal), daquelas que prestam serviço público (art. 175 da Constituição Federal), sujeitas ao regime próprio do direito público³⁶.

Qualquer que seja a finalidade da criação da sociedade de economia mista é constituída sob forma de direito privado, mas sofre o impacto de regras de direito público. Todavia, as prestadoras de serviço público são alcançadas pelas regras de direito público, com carga mais intensa do que ocorre com as exploradoras de atividade econômica³⁷.

Ora, as prestadoras de serviço público desenvolvem atividade em tudo e por tudo equivalente às atribuições próprias do Estado.

Operam, portanto, numa seara estatal por excelência, afeiçoada aos seus cometimentos tradicionais e que demandará, bastas vezes, o recurso a meios publicísticos de atuação (como sucede, aliás,

³⁶ Essa diferenciação tem sido feita pelo Supremo Tribunal Federal, a propósito: ADIN 1552/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 1552/DF. Relator Ministro Carlos Velloso. **Diário da Justiça**, Brasília, 17, abr. 1998. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 172816/ RJ. Relator Ministro Paulo Brossard, **Diário da Justiça**, Brasília, 13 maio 1994. No mesmo sentido, MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 101.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades mistas, empresas públicas e o regime de direito público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 2 set. 2006.

inevitavelmente, com particulares concessionários de serviço público), de par com o rigor dos controles a que se têm de submeter, seja por se alimentarem de recursos captados da coletividade através de instrumentos de direito público (tarifas), seja pela supina relevância do bem jurídico de que se ocupam: o serviço público³⁸.

Neste caso, determinados bens são indispensáveis à prestação desse serviço e, conseqüentemente, não podem ser desligados de tal finalidade, dada a função pública a que se destinam³⁹. Por isso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que os bens afetos diretamente à prestação do serviço público não podem ser penhorados, por força do princípio da continuidade do serviço público⁴⁰. Há que se dar primazia ao interesse público, e, de acordo com dessa finalidade, podem-se tornar impenhoráveis certos bens das sociedades de economia, mas não todos.

De outro lado, as exploradoras de atividade econômica atuam em um campo tipicamente privado, no qual o Estado apenas excepcionalmente atua. Nesse caso, para que não haja "concorrência desleal" com os particulares, as sociedades de economia mista devem estar sujeitas ao mesmo regime das entidades privadas, inclusive no que tange as obrigações trabalhistas e tributárias. Todavia, isso não afasta a incidência de normas de direito público, em menor grau, mas ainda sim presentes⁴¹.

8 Arbitragem e sociedades de economia mista

Apresentadas as noções sobre a sociedade de economia mista, em especial a dualidade de regimes – público e privado – que pautam sua

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades mistas, empresas públicas e o regime de direito público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 2 set. 2006.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 129.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. RESP 176078/SP. Relator Ministro Ari Pargendler. **Diário da Justiça**, Brasília, 08 mar. 1999.

⁴¹ MELLO, 2002, op. cit.

atividade, surge a indagação sobre a possibilidade de submissão de questões envolvendo tais entidades à arbitragem. Tal prática tem ocorrido, sobretudo nos contratos internacionais, mas discute-se em que medida pode realizar-se.

Em questões sobre interesses públicos primários, parece não haver possibilidade de recorrer-se à arbitragem, pois são indisponíveis, devendo-se submeter ao regime público⁴². Eros Roberto Grau afirma que nem tudo sobre a administração pode ser considerado indisponível⁴³. Há também os chamados interesses públicos secundários, disponíveis nos termos, tendo caráter patrimonial, o que, a princípio, autorizaria a arbitragem em questões envolvendo as sociedades de economia mista⁴⁴.

Assim sendo, a princípio, pode-se afastar a arbitragem de questões da fazenda pública, salvo aquelas que envolvam direitos considerados disponíveis. “No direito administrativo, a disponibilidade dos bens e dos direitos do Estado está condicionada a situações próprias em que se consagra a livre disposição, casos em que se pode pensar em arbitrabilidade no direito público”⁴⁵. Essa foi a orientação do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que “naturalmente não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como ‘disponíveis’, porquanto de natureza contratual ou privada”⁴⁶.

⁴² MARTINS, Pedro A. Batista. O Poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei 9.307/96 (3ª parte). **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 4, n. 12, p. 325, abr./jun. 2001.

⁴³ GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação da cláusula compromissória. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 399, out./dez. 2002.

⁴⁴ MARTINS, op. cit., p. 325.

⁴⁵ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da arbitrabilidade. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 364, out./dez. 2000.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. AgRg no MS 11308/DF. Relator Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça**, Brasília, 14 ago. 2006.

Ocorre, a nosso ver, que tal orientação olvida o princípio da legalidade aplicável às entidades da administração pública indireta, como as sociedades de economia mista. Vejamos a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Sob a influência do positivismo jurídico, o princípio da legalidade a que se submete o administrador passou a ser visto de forma adversa. Enquanto o Estado de Direito Liberal reconhecia a administração ampla discricionariedade no espaço livre deixado pela Lei, significando que ela pode fazer tudo a que a Lei não proíbe, no Estado de Direito Social, a vinculação à Lei passou a abranger toda atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou um sentido novo, significando que o administrador só pode fazer o que a Lei permite⁴⁷.

No mesmo sentido, está a lição de Hely Lopes Meirelles:

O administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso⁴⁸.

Assim, a nosso ver, a arbitragem só seria possível com autorização legal específica. Corrobora tal conclusão a existência de algumas autorizações legais específicas, como nos casos de concessões de serviços público (Lei 8.987/95), telecomunicações (Lei 9.472/97), política energética (Lei do Petróleo – Lei 9.478/97), licitações (Lei 8.666/93) e as parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004). Ora, se a lei prevê, especificamente, esses casos, é porque é necessária a autorização para a instauração.

Não se quer dizer que não haverá arbitragem nas relações com sociedades de economia mista. “Nada impede, no entanto, que se alvitre a

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 27.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 79.

possibilidade da eventual autorização prévia de Poder Legislativo para a prática de ato submetendo o Estado à decisão arbitral”⁴⁹. A arbitragem afasta-se, a princípio, “ressalvadas as hipóteses em que a própria lei viabiliza juridicamente a instituição da arbitragem para as lides em que a Administração Pública ingresse como parte”⁵⁰. Portanto, as sociedades de economia mista podem sujeitar-se à arbitragem, desde que haja autorização legal para tanto.

9 Conclusão

A arbitragem é uma forma alternativa de solução de conflitos que se tem mostrado extremamente eficiente, especialmente pela celeridade de suas decisões, se comparadas com a solução estatal. Com a arbitragem, a solução estatal fica afastada, o que não representa qualquer vício de inconstitucionalidade, porquanto se trata de opção conferida às partes, que afastaram a jurisdição estatal por um ato de vontade. Vê-se que não afronta o texto constitucional, que garante o acesso à jurisdição, mas não a impõe em todos os casos; as partes podem afastar a jurisdição estatal.

Esse ato de vontade, pelo qual as partes afastam a jurisdição, é denominado convenção de arbitragem. Nesta idéia, a legislação brasileira abrange dois institutos, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A primeira representa uma promessa de instituir o juízo arbitral. O segundo representa uma convenção bilateral pela qual as partes afastam a jurisdição estatal e elegem um terceiro escolhido pelas partes. A diferença fundamental entre o compromisso e a cláusula compromissória é que o primeiro diz respeito ao litígio atual e específico, e a segunda, ao litígio futuro e incerto.

⁴⁹ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da arbitrabilidade. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 365, out./dez.2000.

⁵⁰ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem**. São Paulo: RT, 1997. p. 110.

O ato de vontade que afasta a jurisdição estatal deve dizer respeito a questões inerentes a direitos disponíveis. Não é possível afastar a jurisdição estatal para qualquer tipo de demanda, apenas as de caráter patrimonial sobre as quais as partes tenham direito de disposição. Isso é a chamada arbitrabilidade do litígio, fundamental para a definição do que pode ou não submeter-se à arbitragem.

As sociedades de economia mista representam entidades da administração indireta nas quais há conjugação de capital público e privado, dependendo sua criação de autorização legal. Podem-se destinar tanto à prestação de serviços públicos como à exploração de atividades econômicas. As primeiras desenvolvem atividade em tudo e por tudo, equivalente às atribuições próprias do Estado; as outras atuam em um campo tipicamente privado, no qual o Estado apenas excepcionalmente atua.

Qualquer que seja a finalidade da criação da sociedade de economia mista é constituída sob forma de direito privado, mas sofre o impacto de regras de direito público. As prestadoras de serviço público são alcançadas pelas regras de direito público, com carga mais intensa do que ocorre com as exploradoras de atividade econômica, mas sempre são atingidas por regras de direito público.

No âmbito da arbitrabilidade, discute-se a possibilidade de questões envolvendo entidades da administração pública, especialmente as sociedades de economia mista, havendo orientação no sentido de que esse seria o único fator determinante da submissão à arbitragem de tais entidades. Com efeito, há direitos indisponíveis e direitos disponíveis no âmbito de atuação dessas entidades, e apenas os segundos seriam submetidos à arbitragem.

Em função da presença constante do regime de direito público, mais ou menos intenso, aplicam-se os princípios da administração pública às

sociedades de economia mista, entre eles, o princípio da legalidade, pelo qual as sociedades de economia mista só podem fazer o que a lei determina e só poderiam submeter-se à arbitragem quando a lei determinasse. Os casos de concessões são: serviços públicos (Lei 8.987/95), telecomunicações (Lei 9.472/97), política energética (Lei do Petróleo – Lei 9.478/97), licitações (Lei 8.666/93) e as parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004). Ora, se a lei prevê especificamente esses casos, é porque é necessária a autorização para a instauração.

Apesar da orientação do STJ, vemos certa restrição para a arbitragem em relação às sociedades de economias mistas, não apenas pelo critério da arbitrabilidade, mas também, especialmente, pelo princípio da legalidade. Não se quer dizer que não haverá arbitragem nas relações com sociedades de economia mista; conclui-se apenas que a submissão depende de autorização legal.

ARBITRATION AND MIXED-CAPITAL ASSOCIATIONS

Abstract

Arbitration is an alternative form of conflict resolution different from those offered by the State, especially in that which pertains to international commerce. Still, not all is subject to arbitration. The only forms of litigation which can be submitted to this alternative form of conflict resolution are those involving available rights. In relations that involve agencies belonging to the indirect public administration, there are issues pertaining to available rights which can be subject to arbitration. But there are also unavailable rights. The catch is that agencies belonging to the public administration, a category which includes mixed capital agencies, are submitted to the principle of legality. For this reason, the applicability of arbitration in mixed-capital agencies depends not only on specific legal

authorization, but also on the potential for arbitration of the specific matter at hand.

Keywords: Arbitration. Public Administration. Mixed-capital agencies. Principle of legality.

Referências

ARAÚJO, Nádya de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAPTISTA, Luis Olavo. **Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASSO, Maristela. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 308, jul./set. 2000.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 4 ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. AgRg no MS 11308/DF. Relator Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça**, Brasília, 14 ago. 2006.

_____. 3ª Turma. RESP 176078/SP. Relator Ministro Ari Pargendler. **Diário da Justiça**, Brasília, 08 mar. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 1552/DF. Relator Ministro Carlos Velloso. **Diário da Justiça**, Brasília, 17, abr. 1998.

_____. RE 172816/ RJ. Relator Ministro Paulo Brossard, **Diário da Justiça**, Brasília, 13 maio 1994.

_____. 1. Turma. RE 91.035/RJ. Relator Ministro Soares Muñoz. **Diário da Justiça**, Brasília, 15 out. 1979.

_____. Plenário. SE AgR 5206/EP. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 12 dez. 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, 30 abr. 2004. Brasília.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem**. São Paulo: RT, 1997.

FIUZA, Cezar. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei de arbitragem comentada**. São Paulo: Saraiva, 1997.

GARCEZ, José Maria Rossani. Constitucionalidade da Lei 9.307/96. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 356, out./dez. 2000.

GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação da cláusula compromissória. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 399, out./dez. 2002.

LEE, João Bosco. **Direito comercial internacional: arbitragem**. Florianópolis: OAB/SC, 2002.

_____. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 8, p. 348, abr./jun. 2000.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MARTINS, Pedro A. Batista. O Poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei 9.307/96 (3ª parte). **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 4, n. 12, p. 325, abr./jun. 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Sociedades mistas, empresas públicas e o regime de direito público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 2 set. 2006.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem privada internacional no Brasil**: depois da Lei 9.307 de 23.09.1996 teoria e prática. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da arbitrabilidade. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 363, out./dez. 2000.

STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: Ltr, 1998.

VALENÇA FILHO, Clávio. Aspectos de direito internacional privado na arbitragem. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 3, n. 7, p. 388, jan./mar. 2000.