

EL ARBITRAJE CON ENTES ESTATALES EN BRASIL DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2015

[Arbitration Involving State Entities in Brazil.
After the 2015 Reform]

ANDRE VASCONCELOS ROQUE*

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo analizar la posibilidad del arbitraje con entes colectivos en el Brasil a la luz de la Ley N.º 9.307/1996, sobre todo después de la promulgación de la Ley n.º 13.129/2015. El método empleado ha consistido en reunir y analizar las principales decisiones del Tribunal Superior de Justicia sobre el tema desde la entrada en vigor de la Ley n.º 9.307/1996. En diversos países, ha sido verificada la expansión gradual de la arbitrabilidad objetiva, o sea, de las materias que pueden ser sometidas a los árbitros, además de las clásicas hipótesis de litigios estrictamente contractuales. Aunque tal fenómeno haya demorado en llegar al Brasil, después de algunos años de consolidación de la actual Ley de Arbitraje y del expreso reconocimiento de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo de Federal, también aquí se comenzó a observar, gradualmente, la ampliación de los límites del arbitraje. En lo que respecta al arbitraje con entes estatales, es razonable concluir que la tendencia también ha sido por la progresiva expansión de sus límites, sin perjuicio de la existencia de algunas importantes áreas grises, todavía no enfrentadas por la ley brasileña o por los tribunales.

ABSTRACT

This study aims to examine the possibility of arbitration involving state entities in Brazil considering Act N.º 9.307/1996, especially after the enactment of the Law n. 13.129/2015. The method used has consisted of gathering and analyzing the main decisions of the Superior Court of Justice on the subject since the entry into force of Law n. 9.307/1996. In many countries, a gradual expansion of objective arbitrability, *i.e.*, matters which may be submitted to the arbitrators, has been observed, in addition to the classical hypotheses involving contractual disputes. Although this phenomenon has reached Brazil slowly, after some years of consolidation of current Arbitration Act and the express recognition of its constitutionality by the Brazilian Supreme Court, the expansion of arbitration limits, gradually, also began to be observed here. With regard to arbitration involving state entities, it is reasonable to conclude that the trend has also been the gradual expansion of its limits, notwithstanding the existence of some important gray areas not yet addressed by Brazilian law or by the courts.

* Doctor en Derecho Procesal por la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad Estatal de Río de Janeiro y de la Universidad Federal de Río de Janeiro. Abogado. E-mail: andreroque@andreroque.adv.br

PALABRAS CLAVE

Derecho Procesal – arbitraje – arbitrabilidad objetiva – administración pública – proceso civil – contratos administrativos.

KEYWORDS

Procedural Law – arbitration – objective arbitrability – public administration – civil procedure – administrative contracts.

RECIBIDO el 13 de enero de 2019 y APROBADO el 18 de junio de 2019

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje se viene consolidando en el Brasil, año tras año, como un importante medio de solución de controversias. Se evita la referencia a la expresión «medio alternativo» por creer que se trata, en verdad, del medio más adecuado para la resolución de litigios específicos, dadas las ventajas tradicionalmente atribuidas al instituto¹, tales como la especialización de los árbitros; la celeridad e irrecurribilidad del laudo arbitral; la flexibilidad procedimental; la confidencialidad y la consensualidad, que contribuyó para la conservación de los vínculos establecidos² incluso después del fin del procedimiento, al contrario del ambiente belicoso de la jurisdicción estatal³, que normalmente contribuye a la ruptura de las relaciones anteriores entre las partes.

¹ Sobre las ventajas del arbitraje, entre muchos otros, FIGUEIRA JR., Joel Dias, *Arbitragem, jurisdição e execução* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999), p. 19; BRAGA, Rodrigo Bernardes, *Teoria e Prática da Arbitragem* (Belo Horizonte, Del Rey, 2009), pp. 5-9. La doctrina extranjera también ha apuntado las mismas ventajas del arbitraje expuestos en el texto, como se recoge, por ejemplo, en MARCUS, Richard L. – SHERMAN, Edward F., *Complex litigation-cases and materials on advanced civil procedure* (4ª edición, St. Paul, Thomson West, 2004), p. 891: “*The advantages often claimed for arbitration include speed, economy, expertise of the decision-maker, privacy, greater informality, convenience of time and place settings, and finality without recourse to appeal*”.

² DA SILVA, Eduardo, *Código Civil e arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 2 (2005), 5, pp. 71-73; BASSO, Maristela, ¿*Procedimento arbitral atual: Necessidade de um diálogo de reforma?*, en LEMES, Selma Ferreira – CARMONA, Carlos Alberto – MARTINS, Pedro Batista (coords.), *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam* (São Paulo, Atlas, 2007), p. 2.

³ La afirmación que se hace en el texto; sin embargo, debe ser relativizada, no sólo por el incentivo observado en las últimas décadas a prácticas de naturaleza autocompositiva en la jurisdicción estatal, sino también por la postura «contenciosa» y beligerante ocasionalmente verificada en el propio arbitraje, como ha sido apuntado, entre otros, por BASSO, (n. 2), p. 6 (“No obstante el amplio conocimiento que se tiene hoy sobre los atributos, todavía se ve, durante el procedimiento arbitral, la postura ‘contenciosa’ de las partes. [...] Tal constatación causa perplejidad en la

Una importancia creciente ha sido atribuida al arbitraje con entes estatales, especialmente, después de inversiones de gran porte en la infraestructura del país, con la realización de eventos como la Copa del Mundo de Fútbol, en 2014, y las Olimpiadas en la ciudad de Río de Janeiro, en 2016.

Una concepción absolutamente restrictiva podría, en línea de principio, eliminar completamente la solución arbitral que involucra intereses estatales. Después de todo, el arbitraje, en los términos del art. 1 de la Ley N.º 9.307/96 (Ley de Arbitraje), solamente es admisible para derechos disponibles y como el interés del Estado sería indisponible por definición, no habrá ningún espacio para tal medio de solución de controversias cuando estuviesen en juego, directa o indirectamente, los intereses de entes estatales.

No obstante, se trata de un entendimiento simplista. Como será visto en el momento oportuno, desde la década del setenta del siglo pasado, con ocasión del juzgamiento del «caso Lage»⁴, el Tribunal Supremo Federal había reconocido la posibilidad, aunque con contornos bastante imprecisos, de arbitraje involucrando intereses de la Unión. A lo largo de los últimos diez años, estos contornos han sido mejor delimitados por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, sobre todo en materia de arbitrajes con participación de sociedades de economía mixta. Además, en el año 2015 se editó la Ley N.º 13.129, que alteró la Ley de Arbitraje brasileña para prever expresamente, en su art. 1º, § 1º, que la administración pública directa e indirecta también podrá usarse del arbitraje para dirimir conflictos relativos a derechos patrimoniales disponibles. A pesar de esto, todavía existen aspectos relevantes sobre el tema que no han sido enfrentados hasta el momento.

Así, lo que se busca con el presente estudio, es exponer la relevante contribución de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia y de la Ley n.º. 13.129/2015 para el reconocimiento de la posibilidad de arbitraje sobre intereses estatales, así como la definición de sus límites. Se pretende, además, indicar algunas dificultades aún no superadas en la materia.

II. ARBITRABILIDAD OBJETIVA Y MATERIAS SENSIBLES

El art. 1º, *caput*, de la Ley N.º 9.307/96 dispone que el arbitraje, mecanismo privado de resolución de litigios, a través del cual un tercero,

medida en que por años hablamos sobre las razones de la conveniencia y oportunidad de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, luchamos contra la cultura de la sentencia, el abuso de la formalidad y el desvirtuamiento de los fines del proceso tradicional”) y por BLACKABY, Nigel *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (New York, Oxford University Press, 2009), pp. 40-41.

⁴ STF, Pleno, AI 52.181/GB, j. 14.11.1973.

escogido por los propios litigantes, impone su decisión, será admitida entre personas capaces de contratar para dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles.

La norma en cuestión regula aquello que en doctrina se acostumbra a denominar *arbitrabilidad*, delimitando cuáles litigios pueden ser resueltos por arbitraje⁵. Se trata de un límite establecido por la ley a la autonomía de la voluntad, con el fin de resguardar el interés público que, eventualmente, podría estar implicado en un proceso arbitral⁶. Dados los límites impuestos al presente estudio, no cabe aquí cuestionar los fundamentos del instituto de la arbitrabilidad. Basta, para los fines de este trabajo, considerar que determinadas controversias pueden, eventualmente, involucrar derechos fundamentales de la más alta relevancia (como la libertad en el derecho penal) o partes en situación desigual (como el derecho del consumidor o el derecho del Trabajo) o intereses de la colectividad, que pueden no estar adecuadamente representados (como el derecho ambiental o el derecho de la competencia)⁷. En todos estos supuestos, por diversos motivos, las diversas legislaciones en el mundo en materia de arbitraje, incluyendo a la ley brasileña, imponen limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes del litigio.

La arbitrabilidad acostumbra ser analizada por la doctrina en dos dimensiones, que son: *i*) relativa a la persona –*ratione personae*–, delimitando quién puede ser sometido al arbitraje –arbitrabilidad subjetiva–; y *ii*) relativa a las materias –*ratione materiae*– que pueden ser llevadas al

⁵ FOUCHARD, Phillipe – GAILLARD, Emmanuel – GOLDMAN, Berthold, *International Commercial Arbitration* (The Hague, Kluwer Law International, 1999), p. 312; BLACKABY, cit. (n. 4), p. 123; LEW, Julian D. M. – MISTELIS, Loukas A. – KRÖLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration* (The Hague, Kluwer Law International, 2003), p. 187. En la doctrina brasileña, entre otros, v. la obra específica sobre el tema de GONÇALVES, Eduardo Damião, *Arbitrabilidade objetiva* (São Paulo, Tesis de Doctorado en Derecho Internacional, Universidad de São Paulo, 2010), p. 8. En el derecho estadounidense, a veces, se utiliza el término arbitrabilidad con un significado mucho más amplio, refiriéndose a la determinación del campo de aplicación del acuerdo de arbitraje, delimitado por la voluntad de las partes y no por una restricción impuesta por la legislación estatal al arbitraje. La doctrina ha anotado que esta utilización más amplia del término es capaz de generar confusiones y no se compatibiliza con la práctica más amplia internacional. FOUCHARD – GAILLARD – GOLDMAN, cit. (n. 5), p. 312; BLACKABY, cit. (n. 4), p. 123, nota 162; CARBONNEAU, Thomas E. – JANSON, François, *Cartesian logic and frontier politics: French and American concepts of arbitrability*, en *Tulane Journal of International and Comparative Law* 2 (1994), p. 194.

⁶ LEW – MISTELIS – KRÖLL, cit. (n. 5), p. 188.

⁷ PARK, William, *Private adjudicators and the public interest: the expanding scope of international arbitration*, en *Brooklyn Journal of International Law* 12 (1986), p. 638.

conocimiento de los árbitros –arbitrabilidad objetiva–⁸. Así, si un acuerdo de arbitraje es celebrado fuera de los límites de la arbitrabilidad, el resultado será un negocio jurídico inválido⁹, sea porque en él participó, por lo menos, un agente que no tenía capacidad para este fin (falta de arbitrabilidad subjetiva), sea porque su objeto no era admitido por la ley (ausencia de arbitrabilidad objetiva).

En relación a la arbitrabilidad en la dimensión subjetiva, la ley brasileña determina que solamente las personas capaces de contratar, podrán celebrar un acuerdo arbitral. Naturalmente, tratándose de un negocio jurídico, la doctrina ha entendido que tal exigencia se refiere a la capacidad de hecho o de ejercicio, o sea, a la posibilidad de que la persona realice, sin el auxilio de terceros, los actos de la vida civil¹⁰. No basta, así, la mera capacidad de derecho o de goce, entendida ésta como la aptitud de hacerse sujeto de derechos y deberes.¹² Hay quien sustenta incluso que, como el arbitraje presupone la disponibilidad de un derecho¹¹, la incapacidad de ejercicio no podría ser suplida ni siquiera por el representante o asistente del incapaz¹².

⁸ Sobre la clasificación entre otros, FOUCHARD – GAILLARD – GOLDMAN, cit. (n. 5), pp. 312-313; GONÇALVES, cit. (n. 5), p. 9.

⁹ La doctrina discutió en innumerables oportunidades la naturaleza jurídica del acuerdo de arbitraje, que ya fue considerada una forma de transacción, un contrato con producción de efectos procesales y, por último, un negocio jurídico procesal. Sobre el tema, de forma general, GUERRERO, Luis Fernando, *Convenção de arbitragem e processo arbitral* (São Paulo, Atlas, 2009), pp. 10-15.

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo - Um comentário à Lei n.º 9.307/96* (São Paulo, Atlas, 2009), p. 37. En la realidad, la capacidad que se exige es la capacidad para contratar, evaluada al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje. En regla, ella coincide con la capacidad para la práctica de los actos de la vida civil, pero algunos civilmente capaces, excepcionalmente, pueden estar impedidos de firmar contratos, como los socios de la empresa quebrada. En este sentido, CRETTELLA NETO, José, *Curso de Arbitragem* (Campinas, Millennium, 2009), p. 55; GUERRERO, cit. (n. 10), pp. 49-50.

¹¹ Aunque una interpretación literal del art. 1 de la Ley n.º 9.307/96 pudiese eliminar la posibilidad de que los llamados entes formales (condominios edilicios, masa hereditaria, masa de la quiebra) participen en arbitrajes (ya que no poseen personalidad jurídica, no siendo exactamente considerados «personas»), la doctrina ha considerado, acertadamente, que no hay fundamento para prohibir tal supuesto. Sólo se exige que los responsables de la representación de estos entes despersonalizados estén debidamente autorizados (por el juez, en los casos de masa hereditaria y de la masa de la quiebra y por la asamblea, en el caso del condominio). CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo*, cit. (n. 10), p. 37-38; CÂMARA, Alexandre Freitas, *Arbitragem* (Río de Janeiro, Lumen Juris, 2002), pp. 15-16.

¹² CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo*, cit. (n. 10), p. 37. En sentido aparentemente contrario, exponiendo que “las incapacidades pueden ser suplidas”, GUERRERO, Luis Fernando, cit. (n. 10), p. 50.

Algunos autores han sostenido que la posibilidad de arbitraje involucrando al Estado sería una cuestión típica de arbitrabilidad subjetiva¹³. No nos parece, sin embargo, que ésta sea la comprensión más adecuada de la discusión en Brasil. Realmente, en algunas legislaciones extranjeras hay disposiciones específicas sobre el tema, restringiendo o incluso prohibiendo arbitrajes con entes estatales¹⁴. En la ley brasileña, todavía, no había ninguna prohibición específica para arbitrajes que involucren intereses estatales. Los entes estatales, en general, son considerados personas jurídicas. Tratándose de entes federativos, en general, o de autarquía, serán considerados como personas jurídicas de derecho público interno, por mandato del art. 41 del Código Civil. En cualquier caso, todos podrían ser encuadrados en la definición genérica de «personas» del art. 1º de la Ley N.º 9.307/96. A partir de 2015, entonces, con la modificación de la Ley de Arbitraje brasileña, que pasó a contemplar permiso expreso para el arbitraje involucrando intereses estatales, la tesis de la inarbitrabilidad subjetiva se tornó insostenible.

La duda que siempre existió en el Brasil en cuanto al arbitraje con entes estatales no dice nada respecto exactamente a la arbitrabilidad en la dimensión subjetiva, pero sí en relación a la disponibilidad o no de los derechos involucrados en esas controversias. Entre nosotros, por lo tanto, el problema es, precisamente, de arbitrabilidad en su aspecto objetivo; o sea, si la materia que involucra intereses estatales, dadas sus peculiaridades, podrá o no ser excluida de la apreciación del Poder Judicial.

Las principales discusiones en los últimos años sobre la arbitrabilidad han ocurrido en su dimensión objetiva¹⁵. El punto de partida sobre el tema en la legislación brasileña está igualmente en el art. 1 de la Ley N.º 9.307/96, que delimita el campo de exhaustividad del arbitraje a los derechos patrimoniales disponibles.

No se observa gran controversia en doctrina en cuanto al concepto de derechos patrimoniales, que son aquéllos que pueden ser cuantificados

¹³ Entre otros, GONÇALVES, Eduardo Damião, cit. (n. 5), p. 9.

¹⁴ Ejemplo típico es encontrado en el art. 139 de la Constitución de Irán (exigiendo la aprobación de determinadas autoridades para la sumisión de controversias al arbitraje con entes estatales).

¹⁵ Como ya fue observado inclusive por autores extranjeros. En este sentido, LEW – MISTELIS – KRÖLL, cit. (n. 5), pp. 187-188. Hay quien dice, incluso, que la arbitrabilidad subjetiva, cuando no se confunde enteramente con la noción de capacidad civil, sólo se hace visible a la luz del elemento objetivo de la relación jurídica a la que se refiere. GREBLER, Eduardo, *A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 2 (2004), p. 62. Éste parece ser el caso de la arbitrabilidad que involucra intereses de entes estatales en el Brasil.

en dinero¹⁶, o sea, que son susceptibles de valoración económica. Así, no es difícil percibir que los derechos extrapatrimoniales comprenden los derechos de la personalidad, en general (derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, al nombre, a la honra, a la intimidad), ínsitos a la esencia del ser humano y que no pueden ser cuantificados en dinero¹⁷.

Más difícil es establecer un concepto para derechos disponibles, que a veces son tratados como un sinónimo para derechos patrimoniales¹⁸, o son considerados como aquéllos que pueden ser objeto de transacción¹⁹, o se toman como aquéllos que pueden ser libremente enajenados o negociados²⁰, o como aquellos derechos que no precisan ser obligatoriamente ejercidos por el titular²¹, o, por último, derechos sobre los que no hay

¹⁶ GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil* (Río de Janeiro, Forense, 2000), p. 113; PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições do Direito Civil* (Río de Janeiro, Forense, 2011), I, p. 39; TEPEDINO, Gustavo – BARBOZA, Heloísa H. – MORAES, Maria Celina Bodin de, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República* (Río de Janeiro, Renovar, 2006), II, p. 659.

¹⁷ Una vez violado alguno de estos derechos; sin embargo, una eventual indemnización será susceptible de apreciación pecuniaria, eliminándose el obstáculo de la patrimonialidad para fines de sumisión al arbitraje. Después de todo, lo que se juzga en el ámbito de la responsabilidad civil por daño moral no es el derecho de la personalidad en sí mismo, sino a su violación, evaluándose la existencia del daño y su cuantificación.

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto, *Curso de Direito Civil* (São Paulo, Forense Universitária, 1994), I, p. 55; LEE, João Bosco, *O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul*, en *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais* 8 (2000), p. 346.

¹⁹ CARREIRA ALVIM, José Eduardo, *Comentários à Lei de Arbitragem* (Río de Janeiro, Lumen Juris, 2004), pp. 32-34; SCAVONE JR., Luiz Antonio, *Manual de Arbitragem* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008), pp. 26-29 (y al mismo tiempo refiriéndose también, de forma rápida, a la posibilidad de enajenación de los derechos disponibles); GARCEZ, José Maria Rossani, *Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional*, en *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 12 (2001), p. 338. Es de destacar que el art. 1072 del Código de Proceso Civil, derogado por la Ley N.º 9.306/97, establecía la admisibilidad del arbitraje para los derechos en que se admitiese transacción.

²⁰ GUERRERO, cit. (n. 9), pp. 44-45 (enfaticando que esta noción sería más amplia que el concepto de derechos transigibles); MARTINS, Pedro A. Batista, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem* (Río de Janeiro, Forense, 2008), pp. 3-4; FIGUEIRA JR., cit. (n. 1), p. 178.

²¹ CARMONA, cit. (n. 10), p. 38 (y al mismo tiempo aludiendo también a la idea de que tales derechos pueden ser libremente enajenados o negociados, y enfatizando que la técnica legislativa vigente es superior a la del derogado art. 1072 del Código de Proceso Civil); CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro, *Direitos patrimoniais disponíveis - Conceitos e distinção em relação a direitos oriundos de aplicação de normas cogentes*, en BERTASI, Maria Odete Duque – CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (coords.), *Arbitragem e Desenvolvimento* (São Paulo, Quartier Latin, 2009), pp. 40 ss. (y al

prohibición de que se reconozca espontáneamente al no tener razón sin el recurso a la jurisdicción²².

En fin, son innumerables definiciones en doctrina para la noción de disponibilidad de un derecho, justamente uno de los criterios más utilizados por las legislaciones para delimitar las materias pasibles de arbitraje²³, lo que explica la conocida cita doctrinaria de que la arbitralidad constituye una “cuestión abstracta, delicada, mal delimitada”²⁴.

Las dudas en este tema corroboran la existencia de un conjunto considerable de materias consideradas sensibles²⁵ o, parcialmente no arbitrables, en razón de la duda sobre la posibilidad de su sumisión a la justicia privada²⁶. Son ejemplos de materias sensibles los arbitrajes que involucran entes públicos, el derecho del trabajo, el derecho de la competencia; y, por último, la protección de derechos colectivos *lato sensu*²⁷.

Es en este conjunto específico de materias sensibles que se puede

mismo tiempo también enfatizando la noción de que tales derechos pueden ser transferidos y apropiados individualmente).

²² TALAMINI, Eduardo, *Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 5 (2005), pp. 144-147.

²³ Las legislaciones de varios países adoptan como criterio de arbitrabilidad objetiva, total o parcialmente, la disponibilidad del derecho en discusión. Ejemplos en este sentido son España, Francia, Italia, Suiza, Portugal, Argentina, Paraguay, Uruguay y el propio Brasil. En este sentido, haciendo un panorama general en la legislación comparada, GONÇALVES, cit. (n. 5), p. 176 y RICCI, Edoardo Flavio, *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas*, en LEMES, Selma Ferreira – CARMONA, Carlos Alberto – MARTINS, Pedro Batista (coords.), cit. (n. 2), pp. 402-404.

²⁴ La cita es de JARROSSON, Charles, *La notion d'arbitrabilité*, en *Revista Brasileira de Arbitragem* (2003), p. 173.

²⁵ Ésta es una denominación oriunda de la doctrina francesa, como se verifica en FOUCHARD – GAILLARD – GOLDMAN, cit. (n. 5), p. 342.

²⁶ Existe, además, un conjunto específico de materias absolutamente inarbitrables, que comprenden los litigios relativos a la capacidad y al estado civil de las personas; los litigios puramente criminales; los litigios que derivan directamente de la quiebra, entre otros. Una relación bastante amplia puede ser consultada en GONÇALVES, cit. (n. 5), pp. 192-193.

²⁷ Acerca de ese tema, ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura* (Tesis de Doctorado em Derecho Procesal, Universidad del Estado del Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014). V. también NERY, Ana Luiza, *Arbitragem coletiva* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016) e MARIANI, Rômulo Greff, *Arbitragens coletivas no Brasil* (São Paulo: Atlas, 2015).

hablar de evolución de la arbitrabilidad objetiva en el Brasil, como será demostrado a continuación.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA EN EL BRASIL

El espacio ocupado por el arbitraje a lo largo de los tiempos siempre estuvo muy relacionado a la consolidación y al papel desempeñado por los órganos estatales y por el Poder Judicial. El fortalecimiento y la institucionalización progresiva del Estado redujeron, para comenzar, el campo de alcance del arbitraje. En la época de la Revolución Francesa; sin embargo, cuando había desconfianza del Poder Judicial, la posibilidad de elección por el arbitraje llegó a ser contemplada en sede constitucional²⁸. Posteriormente, la noción de la jurisdicción como uno de los atributos de la soberanía estatal prevaleció, contribuyendo para el estrechamiento del espacio del arbitraje en los ordenamientos jurídicos.

El siglo XX acompañó la crisis del llamado *Welfare State*, con la disminución de los espacios ocupados por el Estado, incremento de la actividad privada y de la autorregulación de sectores de la economía e, igualmente, el fortalecimiento de los arbitrajes²⁹. En diversos países, se verificó la expansión gradual de la arbitrabilidad objetiva; o sea, de las materias que podrían ser sometidas a los árbitros, más allá de los clásicos supuestos de litigios estrictamente contractuales entre dos empresas privadas³⁰.

Tal fenómeno demoró en llegar al Brasil, debido a las diferencias en la legislación patria sobre arbitraje anterior a la Ley N.º 9.307/96³¹.

Después de algunos años de consolidación de la actual Ley de Arbitraje en el Brasil y del expreso reconocimiento de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo Federal³², también aquí se comenzó a observar, de

²⁸ RICCI, cit. (n. 23), p. 407.

²⁹ PARENTE, Eduardo de Albuquerque, *Processo arbitral e sistema* (São Paulo, Tesis de Doctorado en Derecho Procesal, Universidad de São Paulo, 2009), p. 19.

³⁰ FOUCHARD – GAILLARD – GOLDMAN, cit. (n. 5), p. 337.

³¹ De forma general, dos modificaciones promovidas por la vigente Ley de Arbitraje contribuirían decisivamente para su desarrollo: *a*) previsión de fuerza vinculante para la cláusula arbitral, apartando la jurisdicción estatal y permitiendo la institución compulsiva del arbitraje, incluso en caso de recalcitrancia de la parte contraria, a diferencia del régimen anterior, en el que solamente el convenio arbitral vinculaba a los litigantes; *b*) equiparación de los efectos del laudo arbitral a la sentencia judicial y formación de título ejecutivo judicial independientemente de la homologación por el Poder Judicial (con excepción de las sentencias arbitrales extranjeras), al contrario del régimen regulado anteriormente, en el cual se exigía, por regla, la homologación judicial de los laudos arbitrales.

³² STF, Pleno, SE 5.206-7 AgR España, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.

forma gradual, la ampliación de los límites de la arbitrabilidad objetiva, a partir de una interpretación liberal de las normas contenidas en la Ley N.º 9.307/96. Esta expansión, que aún se encuentra en curso hasta los días actuales, puede ser verificada, entre otras materias sensibles, en el arbitraje que involucra entes estatales, como será demostrado más detenidamente en el próximo ítem.

IV. ARBITRAJE Y ENTES ESTATALES ANTERIORMENTE A LA LEY N.º 13.129/2015

El arbitraje que involucra intereses del Estado siempre suscitó controversia en el Brasil. No se pretende, dados los límites del presente estudio, agotar todas las posiciones doctrinarias sobre el asunto³³. El objetivo aquí es sólo corroborar la tendencia reciente de ampliación del campo de la arbitrabilidad objetiva en el derecho patrio.

Una concepción absolutamente restrictiva en términos de arbitrabilidad objetiva podría eliminar por completo la posibilidad de sumisión de los intereses públicos a los árbitros. El razonamiento para llegar a tal conclusión sería simple: el arbitraje solamente es admisible para derechos disponibles y como el interés del Estado es indisponible, no habría espacio para tal medio de solución de controversias cuando estuviesen en juego, directa o indirectamente, los intereses de entes estatales³⁴.

No obstante, se trata de una concepción equivocada. Hace muchas décadas, el Tribunal Supremo Federal brasileño decidió el célebre «caso Lage»³⁵, en el cual se sentó la posibilidad de la Unión de someter cuestiones susceptibles de transacción al arbitraje³⁶. La decisión se basó en dos

12.12.2001, DJ 30.4.2004.

³³ Un buen resumen de las posiciones doctrinarias anteriores a la Ley N.º 13.129/2015 sobre el tema puede ser encontrado en PEREIRA, César Augusto Guimarães, *Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ*, en PEREIRA, César Augusto Guimarães – TALAMINI, Eduardo (coords.), *Arbitragem e Poder Público* (São Paulo, Saraiva, 2010), p. 136, nota 5 y en BARBOSA, Joaquim Simões – SOUZA, Carlos Affonso Pereira de, *Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida*, en ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.), *Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática* (Rio de Janeiro, Renovar, 2003), p. 269, nota 2.

³⁴ En este sentido, entre otros, FIGUEIREDO, Lucia Valle, *Curso de Direito Administrativo* (6ª edición, São Paulo, Malheiros, 2003), p. 106.

³⁵ STF, Pleno, AI 52.181/GB, j. 14.11.1973.

³⁶ Un estudio más detallado sobre el caso puede ser encontrado en LIMA, Leandro Rigueira Rennó, *O caso Lage e a falácia da inconstitucionalidade do juízo arbitral: uma história da arbitragem no Brasil através da análise das decisões do Supremo Tribunal*

fundamentos principales, que ya habían sido invocados por el Tribunal Federal de Recursos con ocasión del juzgamiento de la apelación: *i*) el arbitraje siempre fue admitido y consagrado en nuestro derecho³⁷; *ii*) no se podía restringir la autonomía contractual del Estado, que puede prevenir el litigio por el convenio arbitral, salvo en las relaciones en que actúa como Poder Público, por no ser susceptibles de transacción.

Desde la década del setenta del siglo pasado, por lo tanto, el Tribunal Supremo Federal ya había reconocido la tradicional distinción entre los «actos de imperio» (en que el Estado actúa con supremacía, de forma imperativa sobre los administrados) y los «actos de gestión» (en los cuales el Estado actúa sin usar su supremacía sobre los destinatarios, tratándose de actos típicamente de derecho privado practicados por la administración pública). Como el contenido de los denominados actos de gestión es típicamente negocial, igualándose a los actos practicados por particulares, sólo antecedidos de formalidades administrativas para su realización, se admite inclusive la transacción en este campo de actuación del Estado, y así sería posible someter tales actos a la solución arbitral.

En esta misma línea de razonamiento, otra distinción interesante oriunda del derecho administrativo remite a la clasificación del interés público en primario y secundario³⁸. De acuerdo con tal diferenciación, el interés público primario es aquél destinado a la satisfacción del bien común de la sociedad como un todo, al paso que el interés público secundario es el que se refiere al interés meramente patrimonial de la Hacienda Pública. De ahí que, muchas veces, para satisfacer el verdadero interés público (primario), se hace necesario decidir contra la administración. Indisponible y no susceptible de arbitraje es sólo el interés público primario, no ya el secundario.

Con una u otra peculiaridad, ésta es la línea de razonamiento básica encontrada en innumerables autores que sustentan la admisibilidad del arbitraje con entes estatales, restringida a los denominados «actos de gestión» o cuando estuviera en juego sólo el interés patrimonial –secundario, por lo tanto– del Estado³⁹.

Federal, en GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.), *Aspectos práticos da arbitragem* (São Paulo, Quartier Latin, 2006), pp. 126-160.

³⁷ Esta afirmación, evidentemente, no es de gran peso, dada la exigua experiencia arbitral en el Brasil antes de la Ley N.º 9.307/96, como ha sido destacado por CARMONA, cit. (n. 10), p. 45, nota 34.

³⁸ La distinción entre interés público primario y secundario tiene origen en la conocida obra de ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano* (Milano, Giuffrè, 1953), pp. 151-152.

³⁹ GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988* (6ª edición, São Paulo, Malheiros, 2001), pp. 150 ss. y GRAU, Eros Roberto, *Arbitragem e contrato administrativo*, en *Revista Trimestral de Direito Público* 32 (2000), pp. 14-

Lo que se afirmó arriba vale para el Estado e igualmente para sus autarquías, que también pueden someter al arbitraje litigios sobre cuestiones que no digan nada respecto al interés público primario o a un acto de imperio. Así, sólo a título de ejemplo, el Banco Central de Brasil o el Instituto Nacional del Seguro Social pueden someter a los árbitros una cuestión sobre la prestación de servicios; la Casa de la Moneda puede llevar al arbitraje causas relacionadas al suministro de material para la acuñación de monedas, y así sucesivamente⁴⁰. No pueden existir dudas, por más fuertes motivos, en cuanto a las empresas públicas y a las sociedades de economía mixta, que pueden igualmente celebrar acuerdo de arbitraje, hasta porque ellas están sujetas al régimen jurídico propio de las empresas privadas, por mandato del art. 173, §1º de la Constitución de la República.

Sin embargo, incluso después del importante precedente del Tribunal Supremo Federal en el «caso Lage», y después de que diversos autores manifestaron su entendimiento favorable al arbitraje que involucra entes públicos, la evolución del tema en la jurisprudencia brasileña continuaba incierta. Además del habitual argumento de la indisponibilidad, ya superado, había quien sustentaba ser inadmisibles someter cuestiones que involucran al poder público, a los árbitros por al menos otros tres fundamentos: *i*) necesidad de autorización legislativa previa para que los entes estatales pudiesen someter sus litigios al arbitraje; *ii*) previsión en el art. 55, §2º de la Ley N.º 8.666/93, de una norma que exige la previsión de cláusula de foro de elección en la sede de la administración en todos los contratos celebrados por ésta con personas físicas o jurídicas, incompatible con la solución de controversias por la vía arbitral; *iii*) imposibilidad de compatibilizar la confidencialidad en el arbitraje con el principio de la publicidad de los actos administrativos, consagrado en sede constitucional.

El argumento relativo a la exigencia de previa autorización legislativa parece lógico y fue consagrado en diversas decisiones del Tribunal de

20; TÁCITO, Caio, *Temas de direito público* (Río de Janeiro, Renovar, 2002), III, pp. 83-88; DALLARI, Adilson Abreu, *Arbitragem na concessão de serviço público*, en *Revista Trimestral de Direito Público* 13 (1996), pp. 5 ss.; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Arbitragem nos contratos administrativos*, en *Revista de Direito Administrativo* 209 (1997), pp. 81-90; BRANCHER, Paulo, *Soluções de controvérsias e as Agências Reguladoras*, en *Revista Brasileira de Arbitragem* 1 (2004), pp. 45-51; CARMONA, cit. (n. 10), pp. 45-52; WALD, Arnaldo, *O direito de parceria e a nova lei de concessões* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996), pp. 140 ss.; TALAMINI, Eduardo, cit. (n. 22), pp. 144-147 y LEMES, Selma Maria Ferreira, *Arbitragem na Administração Pública* (São Paulo, Quartier Latin, 2007), pp. 140-141.

⁴⁰ Los ejemplos, bastante ilustrativos para visualizar el área cubierta por el arbitraje que involucra a los entes públicos, fueron extraídos de CARMONA, cit. (n. 10), p. 46.

Cuentas de la Unión⁴¹, así como en algunos juzgados aislados⁴². Se aplica a la administración pública el principio de legalidad estricta, según el cual el administrador solamente puede actuar dentro de los límites permitidos expresamente por la ley, al contrario de los particulares, que pueden actuar en los límites no vedados por el legislador. La administración, por lo tanto, sólo podría celebrar acuerdo de arbitraje, si es autorizada de forma previa y específica para este fin⁴³.

Este razonamiento, sin embargo, pierde su fuerza en relación con las empresas públicas y a las sociedades de economía mixta, en la medida en que tales entes están constitucionalmente sometidos al régimen de las empresas privadas, derivando de ahí la autorización para que dispongan de su derecho de someter eventuales controversias al Poder Judicial. Más aún, en relación con el Estado y a las autarquías, tal fundamento tampoco debería

⁴¹ V., por ejemplo, Decisión N.º 286/93, Rel. Min. Homero Santos, DOU 4.8.1993; Decisión N.º 763/94, Rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, DOU 3.1.1995; Decisión N.º 188/95, Rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, DOU 22.5.1995; Decisión N.º 394/95, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DOU 28.8.1995; Decisión n.º 584/03, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 28.4.2003; Decisión N.º 215/04, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 22.3.2004; Decisión N.º 587/03, Rel. Min. Adylson Motta, DOU 1.6.2003; Decisión N.º 631/03, Rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça, DOU 13.6.2003; Decisión N.º 1271/05, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU 2.9.2005; Decisión N.º 537/06, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DOU 17.3.2006 y Decisión N.º 1099/06, Rel. Min. Augusto Nardes, DOU 10.7.2006.

⁴² Ejemplo emblemático fueron las decisiones en primera instancia del caso Copel, en el Poder Judicial del Estado de Paraná, en el sentido de, incluso en la etapa liminar, ordenar la abstención de la práctica de actos relacionados a la continuidad del procedimiento de arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y, por ocasión de la sentencia, declarar la nulidad del acuerdo de arbitraje, invocándose como fundamento también la regla del art. 55, §2º de la Ley n.º 8.666/93. Después de sucesivos recursos e incidentes procesales en el Tribunal de Justicia de Paraná, fue concedida una medida cautelar en agravio de instrumento, suspendiéndose la eficacia de la sentencia hasta el juzgamiento del mérito de la apelación interpuesta por la UEG Araucaria Ltda. (TJPR, AI 162874-3, 3.ª Cámara Civil, Rel. Des. Ruy Fernando de Oliveira, j. 5.8.2004). En junio del 2006, las partes llegaron a un acuerdo, quedando extintas todas las acciones accidentales y recursos pendientes. V., sobre el caso, los relatos detallados de DINAMARCO, Julia, *Algunas consideraciones sobre el caso Copel v. UEG*, en GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.), cit. (n. 36), pp. 80-104 y de ALVES, Rafael Francisco, *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro* (São Paulo, Atlas, 2010), pp. 229-234.

⁴³ Ésta es, en síntesis, la tesis sustentada en la opinión de BARROSO, Luis Roberto, *Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez*, en ÉL MISMO, *Temas de direito constitucional* (Río de Janeiro, Renovar, 2003), II, pp. 610 y 615-626.

subsistir, incluso antes de la Ley n. 13.129/2015, bien por la previsión de autorización (aunque genérica) en el propio art. 1° de la Ley de Arbitraje, que no restringió, desde el punto de vista de la arbitrabilidad subjetiva, las personas que pueden celebrar un acuerdo de arbitraje⁴⁴, o bien por la incidencia de los principios de la moralidad administrativa, de la buena fe objetiva y de la protección a la confianza legítima del administrado, que no puede ser perjudicado por el comportamiento contradictorio del Estado⁴⁵. Se trata, en última instancia, de una proyección de la prohibición al *venire contra factum proprium*⁴⁶.

Más allá de esto, como ha sido ilustrado por la doctrina administrativista contemporánea, es preciso revisar el principio de legalidad estricta, originalmente concebido como una limitación en torno del acto administrativo unilateral para proteger la actuación del particular contra el Estado. En la hipótesis de un acuerdo de arbitraje, su aplicación literal se muestra inadecuada, porque ella no tiene origen en acto unilateral del administrador, sino en la autonomía de la voluntad. Así, la legalidad debe ser interpretada aquí como la vinculación de la administración a la juridicidad constitucional, de tal modo que sus actos deben guardar conformidad con el mandato establecido por la Constitución.

Dentro de este orden, la exigencia legalista de autorización legislativa específica debería ceder ante los imperativos de la eficiencia administrativa. El principio de la eficiencia, que también está contemplado en el art. 37 de la Ley Mayor, impone que se flexibilicen los medios (lo que acarrea la

⁴⁴ Sobre el punto, admitiendo como autorización legislativa la previsión de la parte inicial del art. 1 de la Ley n.º 9.307/96, KLEIN, Aline Lícia, *A arbitragem nas concessões de serviço público*, ahora, en PEREIRA, César Augusto Guimarães y TALAMINI, Eduardo (coords.), cit. (n. 33), pp. 81-82 y ZIMMERMANN, Dennys, *Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 12 (2007), p. 82.

⁴⁵ En este sentido, CARMONA, cit. (n. 10), pp. 50-51; SOUZA JR., Lauro da Gama e, *Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado)*, en PANTOJA, Teresa Cristina G. (coord.), *Prática em arbitragem* (Río de Janeiro, Forense Universitária, 2008), pp. 144-145.

⁴⁶ Cabe resaltar, a propósito, que es frecuente la innovación de los argumentos de la buena fe y de la prohibición en el comportamiento contradictorio para justificar la sumisión del Estado a los arbitrajes en el plano internacional, cuando el ente estatal se arrepiente de la celebración del acuerdo de arbitraje y suscita, sin justo motivo, su inmunidad de jurisdicción. En este sentido, entre otros, FOUCHARD, Philippe, *Os desafios da arbitragem internacional*, en *Revista Brasileira de Arbitragem* 1 (2004), p. 71; MALINTOPPI, Loreta, *La jurisprudencia arbitral de la CCI relativa a los contratos de Estado*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 2 (2004), p. 187.

admisibilidad de la solución por la vía arbitral) como contrapartida de un aumento de los controles de los resultados obtenidos por la administración. Vale decir, si la vía arbitral consiste en una alternativa más celer y menos costosa que el recurso al Poder Judicial, el análisis de costo-beneficio apunta para su admisibilidad⁴⁷. En esta línea de razonamiento, se concluye que el poder de celebrar un acuerdo de arbitraje está implícito en el poder de contratar, en atención al principio administrativo de eficiencia⁴⁸. Después de todo, no tendría sentido que los derechos fuesen considerados disponibles para efectos de ser regulados mediante un contrato; y, por otro lado, entender que son indisponibles para que eventuales controversias sean sometidas al arbitraje.

La evolución en el concepto de legalidad estricta no es más que una derivación de las transformaciones por las que viene pasando el derecho administrativo en estos días⁴⁹. El retroceso en las actividades intervencionistas del Estado y la creciente interdependencia entre los intereses público y privado ocasionan, al mismo tiempo, la privatización de lo público y la publicitación de lo privado. La privatización de lo público acarrea la relativización de los mitos de la legalidad estricta o de la absoluta indisponibilidad de los intereses estatales, en desprecio total a la tutela de los administrados. La publicitación de lo privado impone el fortalecimiento de los derechos fundamentales del individuo, tanto en sus relaciones con el Estado (dimensión vertical), como con otros particulares (dimensión horizontal)⁵⁰.

Es preciso admitir, de todos modos, que el argumento de la exigencia

⁴⁷ Sobre el punto, SOUZA JR., Lauro da Gama e, cit. (n. 45), pp. 138-143.

⁴⁸ En estos términos, BINENBOJM, Gustavo, *As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição*, en *Revista de Direito Administrativo* 241 (2005), pp. 173-174 y ZIMMERMANN, Dennys, cit. (n. 44), pp. 88-91. En sentido análogo, sustentando que la previsión de acuerdo de arbitraje deriva de una evaluación del administrador público teniendo por balizas los principios de la economicidad, de la razonabilidad, de la motivación y, principalmente, de la continuidad del servicio público, GRINOVER, Ada Pellegrini, *Arbitragem e prestação de serviços públicos*, en *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* 26 (2003), pp. 72-73 y MENEZELLO, Maria D'Assunção C., *O conciliador-mediador e o árbitro dos contratos administrativos*, en *Boletim de Direito Administrativo* 12 (1997), p. 829.

⁴⁹ En este mismo sentido, destacando la evolución modernizadora en el derecho administrativo, MARTINS, Pedro A. Batista, *Arbitrabilidade objetiva, interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública*, en LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.), *Grandes temas da atualidade. Mediação, arbitragem e conciliação* (Río de Janeiro, Forense, 2008), pp. 257-258.

⁵⁰ Sobre la dimensión horizontal de los derechos fundamentales, entre muchos otros, SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais* (3ª edición, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003) y SILVA, Virgílio Afonso da, *A*

de autorización legislativa específica puede conducir a controversias, lo que explica la previsión expresa, en cada vez más cuerpos normativos, de autorizaciones específicas para la celebración de acuerdos de arbitraje, aunque sólo sea para, por lo menos, eliminar posibles objeciones derivadas del Tribunal de Cuentas de la Unión. En este sentido, además de la previsión en el art. 1 de la Ley de Arbitraje, actualmente, se encuentran normas específicas en este mismo sentido en los arts. 93, XV de la Ley N.º 9.492/97 (contratos de concesión firmados por la Agencia Nacional de Telecomunicaciones); art. 43, X de la Ley n.º 9.478/97 (contratos de concesión firmados por la Agencia Nacional de Petróleo); art. 11, III de la Ley N.º 11.079/04 (Ley de las Asociaciones Público-Privadas); art. 4, §§5º a 7 de la Ley N.º 10.848/04 (comercialización de energía eléctrica) y art. 23-A de la Ley n.º 8.987/95 (normas generales para la concesión y permiso de servicios públicos, en general), añadido por la Ley N.º 11.196/05, entre otros ejemplos⁵¹.

El segundo fundamento a veces invocado para eliminar la idoneidad de la solución por la vía arbitral de litigios con entes estatales, se refiere al art. 55, §2º de la Ley N.º 8.666/93, que exige la previsión, en los contratos celebrados por la administración pública, de una cláusula de elección de foro en la sede de la propia administración⁵².

La incompatibilidad de esta norma con el arbitraje; sin embargo, es sólo aparente. En este sentido, se recuerda que el arbitraje, incluso entre particulares, no dispensa completamente el recurso al Poder Judicial, sea como instrumento de apoyo (como el supuesto de hipótesis de la acción destinada a la ejecución específica de la cláusula arbitral «vacía», en los términos del art. 7º de la Ley N.º 9.307/96), de revisión (art. 33 de la Ley N.º 9.307/96) o, además, de ejecución del laudo a ser emitido por

constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares (São Paulo, Malheiros, 2005).

⁵¹ Otro ejemplo ilustrativo de la tendencia reciente de contemplar autorizaciones legislativas expresas para el arbitraje que involucra intereses de entes públicos son la Ley Estatal N.º 19.477, de 12 de junio de 2011, promulgada en el Estado de Minas Gerais, y el Decreto n.º 46.245/2018, promulgado en el Estado de Río de Janeiro, disponiendo sobre la adopción del arbitraje por los entes estatales que forman parte de estas unidades federativas.

⁵² Este fundamento también llegó a ser acogido en la sentencia emitida en primera instancia en el célebre caso Copel, anteriormente mencionado y, además, en el caso Guggenheim, juzgado por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro (TJRJ, AI 2003.002.07839, 13.ª Cámara Civil, Rel. Des. Ademir Pimentel, Doerj. 21.1.2004). Demostrando cierta hesitación en cuanto a la arbitrabilidad de litigios en los que estén involucrados intereses estatales antes de la norma mencionada, BARBOSA, Joaquim Simões; SOUZA, cit. (n. 33), pp. 271-273.

los árbitros (art. 515, VII del Código de Proceso Civil). En todas estas situaciones, habrá espacio para la convivencia armoniosa entre la cláusula de elección de foro y el acuerdo de arbitraje⁵³. El proceso arbitral será procesado según los términos estipulados en el acuerdo, al paso que cualquier acción judicial deberá ser juzgada en el foro de la sede de la administración, en los términos de la norma en cuestión.

Además de esto, la Ley de Licitaciones no impone que todas las demandas que derivan de contratos firmados con la administración sean sometidas al Poder Judicial⁵⁴. Si las partes no celebraron un acuerdo de arbitraje, la cláusula de elección de foro irá a operar de forma plena, para toda y cualquier controversia derivada del aludido contrato. En caso, sin embargo, de que las partes hayan regulado que eventuales litigios sean sometidos a árbitros, entonces, la cláusula de elección de foro solamente irá a regir para los supuestos en que todavía cupiera el recurso al Poder Judicial.

Conviene destacar, a propósito, que la exigencia del art. 55, § 2º de la Ley N.º 8.666/93 se refiere al *foro*, tratándose de un término técnico específico para designar la competencia de órganos de la jurisdicción pública. Los árbitros, obviamente, no forman parte de la organización judicial estatal. Un acuerdo de arbitraje, en la realidad, no establece la competencia de los árbitros para controversia alguna, sino su jurisdicción privada⁵⁵. Se concluye, así, que la regla en cuestión no representa óbice al arbitraje con el Estado.

Por último, el tercer fundamento que acostumbra ser invocado como obstáculo para la sumisión de controversias que involucran al Estado, se refiere a la confidencialidad en el arbitraje y a su incompatibilidad con los

⁵³ CARMONA, Carlos Alberto, *Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro*, en LEMES – CARMONA – MARTINS (coord.), cit. (n. 2), p. 46. Una demostración inequívoca de esto se encuentra en la Ley N.º 8.987/95, con las alteraciones promovidas por la Ley N.º 11.196/05, en la medida en que conviven, en el mismo cuerpo legal, las previsiones legales de que el contrato de concesión prevea cláusula de elección de foro (art. 23, XV) y el acuerdo de arbitraje (art. 23-A), reforzando la posibilidad de armonización entre tales disposiciones. La cláusula de elección de foro con el acuerdo de arbitraje. V. TJRJ, AC 2003.001.16786, 8.ª Cámara Civil, Rel. Des. Adriano Celso Guimarães, j. 9.3.2004, reproducido y con comentarios de Lauro da Gama e Souza Junior en la *Revista de Arbitragem e Mediação* 6 (2005), pp. 246-250.

⁵⁴ CARMONA, cit. (n. 10), p. 48.

⁵⁵ VALENÇA FILHO, Cláudio, *Validade e eficácia da convenção de arbitragem em contratos administrativos: a ótica judiciária*, en LEMES – CARMONA – MARTINS (coords.), cit. (n. 2), pp. 439-441 y ARMELIN, Donaldo, *Medida cautelar incidental. Arbitragem em curso no exterior. Competência da justiça brasileira*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 3 (2004), p. 217.

principios de transparencia y de publicidad de los actos administrativos⁵⁶. Se trata, sin embargo, de un falso dilema. La ley brasileña, así como la gran mayoría de las legislaciones extranjeras,⁵⁷ guarda silencio en cuanto a la confidencialidad en el arbitraje en general. Aunque la confidencialidad sea una característica común a la mayoría de los litigios sometidos a los árbitros, las partes pueden prescindir de ella sin ninguna dificultad.

Así, tratándose de arbitrajes que involucran intereses estatales, la incidencia de los principios de transparencia y de publicidad no permitirá la confidencialidad absoluta. En este caso, restan dos alternativas: o las partes eliminan completamente la confidencialidad del procedimiento arbitral o estipulan una forma de confidencialidad parcial, en la que se permite el acceso de los interesados al contenido de la decisión de los árbitros, preservándose; sin embargo, la confidencialidad de los documentos que instruirán el proceso en el arbitraje y de todas las informaciones brindadas por las partes, cuya revelación pueda causar daño al particular que contrató con el Estado⁵⁸. En síntesis, las partes sujetas a los principios de publicidad y de transparencia, informan el camino y el resultado del arbitraje en los órganos propios de control, sin que se tenga que abrir las audiencias realizadas en el proceso arbitral a todo y cualquier ciudadano.

Aunque sin debatir con la debida profundidad todos estos fundamentos, la jurisprudencia de los tribunales patrios, en su mayor parte, se ha manifestado en los últimos años de forma favorable a la arbitrabilidad de controversias que involucren a entes estatales, especialmente en los supuestos en los que participen empresas públicas o sociedades de economía mixta,

⁵⁶ Éste fue otro fundamento adoptado por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro en el juzgamiento del caso Guggenheim, ya referido anteriormente.

⁵⁷ La confidencialidad acostumbra ser establecida, sin embargo, en los reglamentos de arbitraje de las instituciones arbitrales brasileñas, como se verifica en los art. 14 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá; arts. 46 y 47 del Reglamento de la Cámara FGV de Conciliación y Arbitraje; art. 18.1 del Estatuto del Centro de Arbitraje de la Cámara Americana de Comercio para el Brasil-São Paulo; arts. 17.1 y 17.2 del Reglamento del Centro Brasileño de Mediación y Arbitraje (CBMA) y arts. 13.1 y 13.2 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Arbitraje Empresarial-Brasil (CamArb).

⁵⁸ Entre otros, CARMONA, cit. (n. 10), p. 52; LEMES, Selma Maria Ferreira, *Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. ¿Confidencialidade ou publicidade processual?*, p. 20. [visible en internet: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf]; PINTO, José Emílio Nunes, *A confidencialidade na arbitragem*, en *Revista de Arbitragem e Mediação*, 6 (2005), pp. 35-36; KLEIN, cit. (n. 44), pp. 102-204; SOUZA JR., cit. (n. 45), pp. 156-159.

sometidas, como ya fue visto, al régimen jurídico propio de las empresas privadas por mandato de norma constitucional expresa⁵⁹.

V. LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA PARA LA CONSOLIDACIÓN DEL ARBITRAJE CON ENTES COLECTIVOS EN EL BRASIL

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), sobre todo en los últimos quince años, ha prestado una relevante contribución para la definición del tema en el Brasil. En efecto, aunque el mismo no fuese inédito en la jurisprudencia de los tribunales inferiores, la posición ocupada por el Tribunal Superior de Justicia en la organización judicial brasileña, como órgano destinado a la uniformización en la interpretación de la ley federal, fue esencial para que la delimitación de la materia ganase mayor seguridad y consistência antes de la Ley N.º 13.129/2015.

En la primera decisión específica sobre el tema, con ocasión del juzgamiento del Recurso Especial N.º 612.439, decidió la Segunda Sala del TSJ que sería posible el arbitraje en un contrato de energía firmado entre una sociedad de economía mixta, concesionaria de distribución de energía y una empresa privada, generadora de energía eléctrica, incluso sin autorización legislativa específica. Se enfatizó el hecho de que las sociedades de economía mixta están sometidas al régimen propio de las empresas privadas y que la controversia versaba sobre actividad económica empresarial, estando la eventual indisponibilidad restringida a los actos de imperio del Estado⁶⁰. La Segunda Sala del TSJ emitió, además, una decisión idéntica

⁵⁹ Un precedente siempre citado en esta materia es el juzgamiento de la Acción de Amparo interpuesta contra el Tribunal de Cuentas del Distrito Federal, en el que se decidió por la ilegalidad del acto oriundo de la corte de cuentas que había prohibido la Caesb, sociedad de economía mixta concesionaria de los servicios agua de agua y desagüe en el Distrito Federal, de celebrar un acuerdo arbitral. Se afirmó que la exploración de los servicios de agua y desagüe constituye actividad económica empresarial. V. TJDFT, MS 1998002003099-9, Consejo Especial, Rel. Des. Nancy Andrighi, j. 18.5.1999, DJ 18.8.1999. Otro precedente importante fue pronunciado en el caso “Compagas”, resuelto por el antiguo Tribunal de Alzada de Paraná, V. TAPR, AC 247.646-0, 7.ª Cámara Civil, Rel. Juez Lauro Laertes de Oliveira, j. 11.2.2004. El fallo de la justicia paranaense sería confirmado años más adelante por el Tribunal Superior de Justicia, con ocasión del juzgamiento del Recurso Especial n.º 904.813, relatado con mayores detalles en el próximo ítem del presente estudio.

⁶⁰ STJ, REsp n.º 612.439/RS, Segunda Sala, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.10.2005, DJ 14.9.2006.

en el Recurso Especial N.º 606.345, que trataba de las mismas cuestiones discutidas en el precedente anterior⁶¹.

Al mismo tiempo, otro importante caso fue apreciado por la Primera Sección del TSJ, que reúne integrantes de las Primera y Segunda Salas de aquel tribunal, competente para la apreciación de materias relacionadas al derecho público. Se trataba de un recurso interpuesto contra la decisión monocrática del Min. Luiz Fux en Acción de Amparo N.º 11.308, interpuesto contra el acto del Ministro de la Ciencia y Tecnología, que había ratificado la rescisión de un contrato de arrendamiento de un terminal portuario celebrado por la *Nuclebrás Equipamentos Pesados* (Nuclep), una sociedad de economía mixta, con empresa privada.

En el caso en cuestión, el contrato contenía un acuerdo de arbitraje, y una acción judicial intentada por la Nuclep ya había sido desestimada anteriormente por el Poder Judicial, justamente, en razón de tal acuerdo. Debido a esto, la Nuclep resolvió simplemente rescindir el contrato, obteniendo la ratificación junto al Ministro de Ciencia y Tecnología. En defensa del acto cuestionado en la impugnación, se sustentó la ilegalidad del acuerdo de arbitraje por la sociedad de economía mixta, argumento rechazado por la Primera Sección del TSJ, en una extensa decisión en la cual, trayendo a colación varios pasajes doctrinarios, se destacó la distinción entre el interés público y el interés de la administración, así como el hecho de que la Nuclep es una sociedad de economía mixta, sometida al régimen propio de las empresas privadas⁶². Más tarde, esta decisión provisoria fue confirmada en el juzgamiento del mérito de la acción de amparo⁶³.

Algunos años más tarde, el asunto volvió a ser discutido con ocasión del Recurso Especial N.º 904.813, juzgado por la Tercera Sala del TSJ, bajo la relatoría de la Min. Nancy Andriighi⁶⁴. En el caso, la *Companhia Paranaense de Gás* (Compagás), una sociedad de economía mixta, había celebrado un contrato con un consorcio que tenía por objeto la ampliación de la red de distribución de gas. Posteriormente a la celebración del contrato, las partes celebraron un convenio arbitral.

Desencadenado el litigio e incurriendo en comportamiento contradictorio, Compagás ingresó con una acción de nulidad del acuerdo de arbitraje

⁶¹ STJ, REsp n.º 606.345/RS, Segunda Sala, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.5.2007, DJ 8.6.2007.

⁶² STJ, AgRg no MS 11.308/DF, Primera Sección, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28.6.2006, DJ 14.8.2006.

⁶³ STJ, MS 11.308/DF, Primera Sección, Rel. Min. Luiz Fux, j. 9.4.2008, DJe 19.5.2008.

⁶⁴ STJ, REsp 904.813/PR, Terceira Sala, Rel. Min. Nancy Andriighi, j. 20.10.2011, DJe 28.2.2012.

por ilicitud del objeto, ya que, a su parecer, había interés público indisponible; y, por lo tanto, no arbitrable. El pedido de Compagás fue juzgado improcedente en primera instancia, siendo la sentencia confirmada por el Tribunal de Alzada del Estado de Paraná, bajo el fundamento de que la controversia acerca de la adecuación económico-financiera del contrato, versaba sobre intereses económicos y plenamente disponibles.

Compagás interpuso Recurso Especial, en el que suscitó, entre otras cuestiones, la ocurrencia de violación al art. 41 de la Ley N.º 8.666/1993 (Ley de Licitaciones), aduciendo que no se podría haber reconocido la posibilidad de sumisión a los árbitros de las controversias que derivan el contrato celebrado entre las partes, sin que tal condición estuviese prevista en el aviso de licitación. Sustentó, además, que el contrato disponía sobre la competencia del foro de la región de Curitiba, en los términos del art. 55, § 2º de la Ley de Licitaciones, lo que reforzaría la inviabilidad de solución por la vía arbitral.

Después de exponer detalladamente acerca de la posibilidad de arbitraje que involucra una sociedad de economía mixta, confirmando los fundamentos de la decisión regional y haciendo referencia al antiguo precedente propio, cuando todavía era juez del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios⁶⁵, el voto de la Min. Nancy Andrighi desestimó el principal argumento de Compagás en el Recurso Especial, concluyendo que el hecho de no haber previsión del arbitraje en el aviso de licitación o en el contrato celebrado entre las partes, no invalida el convenio celebrado posteriormente. Se afirmó, por lo tanto, que la previsión del juicio arbitral no vulnera las reglas de la licitación, pues no se puede afirmar que su resultado sería otro o que en ella participarían más o menos concurrentes, únicamente por la falta de previsión de arbitraje en el aviso.⁶⁶ Se adujo, además, que la

⁶⁵ TJDFT, MS 1998002003099-9, Consejo Especial, Rel. Des. Nancy Andrighi, j. 18.5.1999, DJ 18.8.1999, ya referido en el presente estudio.

⁶⁶ Aunque se vea con buenos ojos el incentivo que la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia ha conferido en los últimos años al arbitraje, inclusive cuando hay en juego intereses públicos, no se puede dejar de registrar la preocupación con esta especie de fundamento, en la medida en que la previsión en los avisos de licitación sobre la solución de controversias por la vía arbitral —dadas las ventajas reconocidas en términos de celeridad, de especialización de los árbitros y de confidencialidad— podría, eventualmente, atraer un número mayor de interesados en contratar con la administración. No se cuestiona que, en el caso, Compagás actuó de forma contradictoria y contraria a los dictámenes de la buena fe objetiva y que la solución dada al caso fue correcta, pero se indaga si esta decisión del Tribunal Superior de Justicia podrá representar, para el futuro, un sello generalizado al cambio de las reglas del juego en términos de sumisión de los litigios al arbitraje después de que el contrato ya fue celebrado, lo que no parece aconsejable.

cláusula de foro no es esencial en los contratos administrativos y, además, que no es de forma alguna incompatible con el acuerdo de arbitraje.

El voto de la relatora expone, además, que la controversia versaba sobre intereses típicamente disponibles y patrimoniales (equilibrio económico-financiero del contrato) y que la actitud de Compagás de impugnar, posteriormente, un convenio arbitral que ella misma celebró importa mala fe, además de ser perjudicial al propio interés público de ver resuelto el litigio de manera más celeré. En suma, continúa el voto, como Compagás tenía autonomía para resolver la controversia sin precisar de autorización legislativa o de recurrir al Poder Judicial, en vista de la disponibilidad de los intereses involucrados, ella también tiene autonomía para someter la controversia a arbitraje.

Los otros integrantes de la Tercera Sala acompañaron el voto de la relatora, de modo que las decisiones de las instancias inferiores, confirmando la viabilidad de arbitraje que involucra intereses de una sociedad de economía mixta, fueron integralmente mantenidas en el caso en cuestión.

VI. EL ADVENIMIENTO DE LA LEY N.º 13.129/2015 Y SU IMPORTANCIA PARA EL ARBITRAJE QUE INVOLUCRA INTERESES ESTATALES

En el año 2015, se aprobó una importante modificación legislativa, para consolidar la evolución que se observaba, sobre todo en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, sobre la arbitrabilidad de los litigios que involucran intereses de la Administración Pública.

En ese sentido, se aprobó la Ley N.º 13.129/2015, que modificó el art. 1º de la Ley de Arbitraje brasileña, añadiéndole dos párrafos, así redactados: *“§ 1º La administración pública directa e indirecta podrá valerse del arbitraje para dirimir conflictos relativos a derechos patrimoniales disponibles. § 2º La autoridad o el órgano competente de la administración pública directa para la celebración de convenio de arbitraje es la misma para la realización de acuerdos o transacciones”*⁶⁷.

El artículo 1º corrobora la jurisprudencia del TSJ, en el sentido de que el arbitraje podrá ser utilizado por la Administración Pública directa e indirecta para dirimir conflictos relativos a *“derechos patrimoniales disponibles”*, repitiendo la misma expresión que ya constaba del art. 1º, *caput*. El dispositivo se refiere indistintamente a la Administración Pública directa o

⁶⁷ En Brasil, se utiliza la expresión administración pública directa para designar los órganos directamente ligados al poder central, en el ámbito federal, estatal y municipal, sin personalidad jurídica propia. La administración pública indirecta o descentralizada, por otro lado, se refiere a entes públicos que, aunque creados por el Estado, tienen personalidad jurídica propia.

indirecta, de manera que el régimen constitucional preponderante para el ente público involucrado en el procedimiento arbitral (público o privado) no es relevante para definir la arbitrabilidad de la controversia⁶⁸.

Como se ha visto en los ítems anteriores, el arbitraje podrá ser utilizado en las situaciones en que la Administración practica actos de gestión (no ya de imperio), como forma de tutelar interés público secundario (patrimonial), y no interés público primario (bien común), éste típicamente indisponible. La importancia de la Ley N.º 13.129/2015, por lo tanto, consistió en establecer una regla general de admisibilidad de la vía arbitral para las controversias con la Administración Pública, poniendo fin a una discusión que era suscitada contra su utilización, por el argumento de que no habría autorización legislativa a tal fin.

Además, de acuerdo con el § 2º del dispositivo en análisis, competente para celebrar el convenio de arbitraje en nombre de la Administración Pública será la misma autoridad u órgano designado para la celebración de acuerdos o transacciones⁶⁹. Se trata, como se ve, de la consecuencia de una tradicional opción del legislador brasileño de vincular la noción de disponibilidad del derecho susceptible de arbitraje a la posibilidad de ser objeto de transacción y a su patrimonialidad, como se verifica por los arts. 841 y 852 del Código Civil brasileño. La equiparación entre disponibilidad y posibilidad de transacción, sin embargo, tal vez merezca ser mejor debatida, como se vio por las diferentes definiciones terminológicas señaladas en el ítem 2 del presente estudio.

Aunque no se tenga definido objetivamente en la Ley de Arbitraje las hipótesis en que se estará ante derechos patrimoniales disponibles, parámetro importante de interpretación puede ser encontrado en el art. 32, §§ 4º y 5º de la Ley N.º 13.140/2015 (Ley de Mediación), que trata de la autocomposición que involucra intereses de personas jurídicas de derecho público. De acuerdo con el § 3º, no están sujetas a autocomposición las controversias “*que sólo puedan ser resueltas por actos o concesión de derechos sujetos a autorización del Poder Legislativo*”. Por otro lado, según dispone el § 4º, son susceptibles de autocomposición –y pasibles, igualmente, de sumisión a un tribunal arbitral– “*conflictos que involucran equilibrio económico-financiero de contratos celebrados por la administración con particulares*”.

⁶⁸ ANDRADE, Gustavo Fernandes de, *Arbitragem e administração pública: da hostilidade à gradual aceitação*, en MELO, Leonardo de Campos – BENEDUZI, Renato Resende (coords.), *A reforma da arbitragem* (Río de Janeiro, Forense, 2016), p. 422.

⁶⁹ En el ámbito de la administración pública federal, la competencia para la celebración de acuerdos o transacciones judiciales varía de acuerdo con el valor y la materia discutidos en el proceso, en los términos de la Ley N.º 9.469/1997.

Otro dispositivo añadido por la Ley N.º 13.129/2015 en la Ley de Arbitraje brasileña y relevante para los fines del presente estudio se encuentra en el art. 3º, § 3º, el cual establece que el “*arbitraje que involucra a la administración pública será siempre de derecho y respetará el principio de la publicidad*”.

La obligatoriedad de que el arbitraje que involucre intereses de la Administración Pública sea siempre de derecho (vedada, por lo tanto, el arbitraje de equidad) se deriva del principio de legalidad en el ámbito administrativo, según el cual el administrador sólo puede actuar dentro de los límites de la ley.

Por otro lado, se estableció para tales arbitrajes el principio de la publicidad, lo que aleja la posibilidad de ajustar la confidencialidad en el procedimiento arbitral. Se trata de una opción acertada, no sólo como consecuencia del principio de la publicidad previsto en el art. 37, *caput* y § 3º, II, de la Constitución, pero también como forma de permitir que se fiscalice si el patrimonio público está siendo adecuadamente tutelado en el procedimiento arbitral.

Sin embargo, sería conveniente que se hubiera relativizado la publicidad en situaciones especiales, involucrando secretos industriales, comerciales o, sobre todo, secreto de estado, que consisten en informaciones imprescindibles a la seguridad de la sociedad y del país (v. Arts. 22 y 23 de la Ley N.º 12.527/2011). Nada impide que, en tales casos, la publicidad quede restringida a determinados actos del procedimiento arbitral, evitando la divulgación indiscriminada de toda la información en él vehiculada⁷⁰.

VII. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, como demostraron las decisiones arriba comentadas, trajo cierta seguridad jurídica en la materia. La promulgación de la Ley N.º 13.129/2015 consolidó la posibilidad de procedimientos arbitrales que involucran intereses estatales. Actualmente, se puede afirmar, hasta incluso con cierta tranquilidad, que se admite en el Brasil el arbitraje sobre controversias que involucran intereses económico-financieros de la administración pública. Existen, sin embargo,

⁷⁰ ANDRADE, Gustavo Fernandes de, cit. (n. 68), p. 434. Nada impide que tal restricción quede eventualmente sujeta a control judicial. No se busca aquí la revisión del laudo arbitral (es decir, de la solución de la controversia), lo que queda limitado a las hipótesis taxativamente enumeradas en el art. 32 de la Ley de Arbitraje brasileña, pero sólo asegurar en el procedimiento arbitral la observancia al principio de la publicidad establecido en la Constitución.

algunas importantes áreas grises, que todavía no fueron enfrentadas por la ley brasileña o por la jurisprudencia.

Un área gris se refiere a las materias objeto de reglamentación estatal. ¿Hasta qué punto, por ejemplo, los árbitros pueden decidir una controversia sobre el equilibrio económico-financiero de un contrato, cuando éste estuviera íntimamente ligado a la fijación del valor de las tarifas establecidas en actos regulatorios? Es evidente que los árbitros no pueden, por ejemplo, determinar la naturaleza de la corriente eléctrica (si es continua o alterna) para los consumidores⁷¹, pues se trata de una materia en que el Estado actúa con su poder de imperio. Pero, cuando un acto reglamentario estuviera vinculado a una cuestión estrictamente económico-financiera, ¿hasta dónde los árbitros podrían decidir? Se trata de una cuestión para la cual la doctrina no llegó a un consenso mínimo⁷², y cuyo debate superaría en mucho a los límites establecidos para el presente estudio.

Es razonable concluir, de todos modos, que la tendencia verificada en el Brasil ha sido por la progresiva ampliación de los límites del arbitraje que involucra al Estado⁷³. De una forma general, el ejemplo del arbitraje que involucra intereses estatales, demuestra que la tendencia observada en los últimos años en el Brasil, así como en otros países, ha sido la progresiva ampliación de los límites de la arbitrabilidad objetiva, sin perjuicio de existir

⁷¹ El ejemplo fue retirado de la clásica cita de BIELSA, Rafael, *Estudios de derecho público* (Buenos Aires, Depalma, 1952), p. 290.

⁷² Compárese, por ejemplo, el abordaje restrictivo presentado por MUNIZ, Joaquim de Paiva, *Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 2 (2004), p. 98 (“Las cláusulas reglamentarias de contratos de concesión se refieren a actos de imperio, y por consiguiente, no son arbitrables. Los actos de imperio configuran decisiones privativas del Estado, que no pueden ser apreciadas por un órgano arbitral, de naturaleza privada”) con el entendimiento ampliativo propuesto por ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Arbitragem e regulação*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 27 (2010), p. 84 (“Si determinado marco regulatorio sectorial dispone así o no, es una cuestión de mérito, no constituyendo presupuesto o preliminar para la decisión sobre la arbitrabilidad, ya que los árbitros de cualquier forma no estarán decidiendo por eliminar o declarar la invalidez de los actos regulatorios, sino sólo de interpretarlos, ya que la aplicabilidad y legalidad de tales actos no es controversial, discutiéndose sólo si ellos deben ser interpretados-aplicados como fijados de una forma única posible tarifa...”).

⁷³ Esta tendencia, por otra parte, también verificada ya hace algunas décadas en otros países, incluso en aquéllos en que se vislumbra cierto prestigio a teorías publicistas en el derecho administrativo, como en Francia. Sobre la evolución observada en aquel país en términos de arbitrabilidad objetiva del Estado, entre otros, v. DE LAUBADÈRE, André – VENEZIA, Jean-Claude – GAUDEMET, Yves, *Traité de droit administratif* (15ª edición, París, LGDJ, 1999), I, pp. 391-393.

puntuales retrocesos y además muchas incertezas en las llamadas materias sensibles, ya referidas en el inicio del presente estudio.

Ésta es una importante etapa rumbo a la consolidación definitiva del arbitraje en el Brasil como uno de los medios disponibles para la solución de controversias.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano* (Milano, Giuffrè, 1953).
- ALVES, Rafael Francisco, *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro* (São Paulo, Atlas, 2010).
- ANDRADE, Gustavo Fernandes de, *Arbitragem e administração pública: da hostilidade à gradual aceitação*, en MELO, Leonardo de Campos – BENEDEZI, Renato Resende (coords.), *A reforma da arbitragem* (Río de Janeiro, Forense, 2016).
- ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Arbitragem e regulação*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 27 (2010).
- ARMELIN, Donaldo, *Medida cautelar incidental. Arbitragem em curso no exterior. Competência da justiça brasileira*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 3 (2004).
- BARBOSA, Joaquim Simões – SOUZA, Carlos Affonso Pereira de, *Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida*, en ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.), *Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática* (Río de Janeiro, Renovar, 2003).
- BARROSO, Luis Roberto, *Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez*, en ÉL MISMO, *Temas de direito constitucional* (Río de Janeiro, Renovar, 2003), II.
- BASSO, Maristela, *¿Procedimento arbitral atual: Necessidade de um diálogo de reforma?*, en LEMES, Selma Ferreira – CARMONA, Carlos Alberto – MARTINS, Pedro Batista (coords.), *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam* (São Paulo, Atlas, 2007).
- BINENBOJM, Gustavo, *As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição*, en *Revista de Direito Administrativo* 241 (2005).
- BITTAR, Carlos Alberto, *Curso de Direito Civil* (São Paulo, Forense Universitária, 1994), I.
- BLACKABY, Nigel *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (New York, Oxford University Press, 2009).
- BRAGA, Rodrigo Bernardes, *Teoria e Prática da Arbitragem* (Belo Horizonte, Del Rey, 2009).
- BRANCHER, Paulo, *Soluções de controvérsias e as Agências Reguladoras*, en *Revista Brasileira de Arbitragem* 1 (2004).
- CÂMARA, Alexandre Freitas, *Arbitragem* (Río de Janeiro, Lumen Juris, 2002).
- CARBONNEAU, Thomas E. – JANSON, François, *Cartesian logic and frontier politics: French and American concepts of arbitrability*, en *Tulane Journal of International and Comparative Law* 2 (1994).
- CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo - Um comentário à Lei n.º 9.307/96* (São Paulo, Atlas, 2009).

- CARMONA, Carlos Alberto, *Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro*, en LEMES, Selma Ferreira – CARMONA, Carlos Alberto – MARTINS, Pedro Batista (coords.), *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam* (São Paulo, Atlas, 2007).
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo, *Comentários à Lei de Arbitragem* (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004).
- CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro, *Direitos patrimoniais disponíveis- Conceitos e distinção em relação a direitos oriundos de aplicação de normas cogentes*, en BERTASI, Maria Odete Duque – CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (coords.), *Arbitragem e Desenvolvimento* (São Paulo, Quartier Latin, 2009).
- CRETILLA NETO, José, *Curso de Arbitragem* (Campinas, Millennium, 2009).
- DALLARI, Adilson Abreu, *Arbitragem na concessão de serviço público*, en *Revista Trimestral de Direito Público* 13 (1996).
- DE LAUBADÈRE, André – VENEZIA, Jean-Claude – GAUDEMET, Yves, *Traité de droit administratif* (15ª edición, París, LGDJ, 1999), I.
- DINAMARCO, Julia, *Algumas consideraciones sobre el caso Copel v. UEG*, en GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.), *Aspectos práticos da arbitragem* (São Paulo, Quartier Latin, 2006).
- FIGUEIRA JR., Joel Dias, *Arbitragem, jurisdição e execução* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999).
- FIGUEIREDO, Lucia Valle, *Curso de Direito Administrativo* (6ª edición, São Paulo, Malheiros, 2003).
- FOUCHARD, Philippe, *Os desafios da arbitragem internacional*, en *Revista Brasileira de Arbitragem* 1 (2004).
- FOUCHARD, Phillipe – GAILLARD, Emmanuel – GOLDMAN, Berthold, *International Commercial Arbitration* (The Hague, Kluwer Law International, 1999).
- GARCEZ, José Maria Rossani, *Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional*, en *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 12 (2001).
- GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil* (Rio de Janeiro, Forense, 2000).
- GONÇALVES, Eduardo Damião, *Arbitrabilidade objetiva* (São Paulo, Tesis de Doctorado en Derecho Internacional, Universidad de São Paulo, 2010).
- GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988* (6ª edición, São Paulo, Malheiros, 2001).
- GRAU, Eros Roberto, *Arbitragem e contrato administrativo*, en *Revista Trimestral de Direito Público* 32 (2000).
- GREBLER, Eduardo, *A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 2 (2004).
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Arbitragem e prestação de serviços públicos*, en *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* 26 (2003).
- GUERRERO, Luís Fernando, *Convenção de arbitragem e processo arbitral* (São Paulo, Atlas, 2009).
- JARROSSON, Charles, *La notion d'arbitrabilité*, en *Revista Brasileira de Arbitragem* (2003).
- KLEIN, Aline Lícia, *A arbitragem nas concessões de serviço público*, en PEREIRA, César Augusto Guimarães – TALAMINI, Eduardo (coords.), *Arbitragem e Poder Público* (São Paulo, Saraiva, 2010).
- LEE, João Bosco, *O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul*, en *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais* 8 (2000).

- LEMES, Selma Maria Ferreira, *Arbitragem na Administração Pública* (São Paulo, Quartier Latin, 2007).
- LEMES, Selma Maria Ferreira, *Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. ¿Confidencialidade ou publicidade processual?*, disponible [en línea]: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf.
- LEW, Julian D. M. – MISTELIS, Loukas A. – KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration* (The Hague, Kluwer Law International, 2003).
- LIMA, Leandro Rigueira Rennó, *O caso Lage e a falácia da inconstitucionalidade do juízo arbitral: uma história da arbitragem no Brasil através da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal*, en GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.), *Aspectos práticos da arbitragem* (São Paulo, Quartier Latin, 2006).
- MALINTOPPI, Loreta, *La jurisprudencia arbitral de la CCI relativa a los contratos de Estado*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 2 (2004).
- MARCUS, Richard L. – SHERMAN, Edward F., *Complex litigation-cases and materials on advanced civil procedure* (4ª edición, St. Paul, Thomson West, 2004).
- MARIANI, Rômulo Greff, *Arbitragens coletivas no Brasil* (São Paulo, Atlas, 2015).
- MARTINS, Pedro A. Batista, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem* (Rio de Janeiro, Forense, 2008).
- MARTINS, Pedro A. Batista, *Arbitrabilidade objetiva, interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública*, ahora, en LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.), *Grandes temas da atualidade. Mediação, arbitragem e conciliação* (Rio de Janeiro, Forense, 2008).
- MENEZELLO, Maria D'Assunção C., *O conciliador-mediador e o árbitro dos contratos administrativos*, en *Boletim de Direito Administrativo* 12 (1997).
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Arbitragem nos contratos administrativos*, en *Revista de Direito Administrativo* 209 (1997).
- MUNIZ, Joaquim de Paiva, *Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 2 (2004).
- NERY, Ana Luiza, *Arbitragem coletiva* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016).
- PARENTE, Eduardo de Albuquerque, *Processo arbitral e sistema* (São Paulo, Tesis de Doctorado en Derecho Procesal, Universidad de São Paulo, 2009).
- PARK, William, *Private adjudicators and the public interest: the expanding scope of international arbitration*, en *Brooklyn Journal of International Law* 12 (1986).
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições do Direito Civil* (Rio de Janeiro, Forense, 2011), I.
- PEREIRA, César Augusto Guimarães, *Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ*, ahora, en PEREIRA, César Augusto Guimarães – TALAMINI, Eduardo (coords.), *Arbitragem e Poder Público* (São Paulo, Saraiva, 2010).
- PINTO, José Emílio Nunes, *A confidencialidade na arbitragem*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 6 (2005).
- RICCI, Edoardo Flavio, *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas*, en LEMES, Selma Ferreira – CARMONA, Carlos Alberto – MARTINS, Pedro Batista (coords.), *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam* (São Paulo, Atlas, 2007).

- ROQUE, Andre Vasconcelos, *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura* (Rio de Janeiro, Tesis de Doctorado em Derecho Procesal, Universidad del Estado del Rio de Janeiro, 2014).
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais* (3ª edición, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003).
- SCAVONE JR., Luiz Antonio, *Manual de Arbitragem* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008).
- SILVA, Eduardo Silva da, *Código Civil e arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 2 (2005), 5.
- SILVA, Virgílio Afonso da, *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares* (São Paulo, Malheiros, 2005).
- SOUZA JR., Lauro da Gama e, *Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado*, en PANTOJA, Teresa Cristina G. (coord.), *Prática em arbitragem* (Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2008).
- TÁCITO, Caio, *Temas de direito público* (Rio de Janeiro, Renovar, 2002), III.
- TALAMINI, Eduardo, *Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 5 (2005).
- TEPEDINO, Gustavo – BARBOZA, Heloísa H. – MORAES, Maria Celina Bodin de, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República* (Rio de Janeiro, Renovar, 2006), II.
- VALENÇA FILHO, Clávio, *Validade e eficácia da convenção de arbitragem em contratos administrativos: a ótica judiciária*, en LEMES, Selma Ferreira – CARMONA, Carlos Alberto – MARTINS, Pedro Batista (coords.), *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam* (São Paulo, Atlas, 2007).
- WALD, Arnoldo, *O direito de parceria e a nova lei de concessões* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996).
- ZIMMERMANN, Dennys, *Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 12 (2007).