

Arbitrabilidade subjetiva de fundos públicos

César Augusto Martins Carnaúba

Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Advogado em São Paulo/SP. E-mail: <cesarcarnauba@gmail.com>.

Resumo: Este artigo pretende estudar o tema da arbitrabilidade subjetiva a partir da teoria dos entes despersonalizados, a fim de verificar a possibilidade de fundos públicos serem parte em um processo arbitral. Em primeiro, examina-se a arbitrabilidade subjetiva a partir das disposições da Lei nº 9.307/1996, bem como a arbitrabilidade de conflitos envolvendo o Poder Público. A seguir, estuda-se a capacidade processual de entes despersonalizados. Ao final, discute-se a possibilidade de fundos públicos (que são entes despersonalizados) serem partes em um processo arbitral.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Direito processual. Arbitragem. Entes despersonalizados. Fundos públicos.

Sumário: Introdução – 1 Arbitrabilidade subjetiva – 2 Capacidade processual e entes despersonalizados – 3 Arbitrabilidade subjetiva dos fundos públicos – Conclusão – Referências

Introdução

Passados alguns anos da alteração da Lei de Arbitragem (LArb, Lei nº 9.307/1996), a comunidade jurídica vem se acostumando com a ideia de que a arbitragem possui cabimento amplo para resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. Nesse sentido, além dos permissivos legais pontuais anteriores à reforma da LArb em 2015, e além também das construções jurisprudenciais, a arbitrabilidade de conflitos envolvendo o Estado passou a ser defendida em caráter abrangente.

Fato é, contudo, que certamente não são todos os conflitos que poderão ser dirimidos por meio da arbitragem, e mesmo dentre esses, o procedimento não pode ser igual ao que se costuma realizar quando ambas as partes são particulares. O uso da arbitragem na Administração Pública é louvável e merece ser incentivado, mas com o cuidado de não ultrapassar os limites estabelecidos pelo regime jurídico-administrativo de direito público, por normas cogentes ou por princípios já bem sedimentados pela doutrina típica do direito administrativo.¹

Dessa forma, se nem todos os direitos da Administração são *disponíveis* e *patrimoniais*, alguns limites à arbitrabilidade objetiva devem ser observados – e esse tema já vem recebendo a devida atenção. Mas também a arbitrabilidade *subjetiva* merece análise, e uma análise que ultrapasse

discussões já esgotadas sobre o regime jurídico (de direito público ou privado) aplicado ao ente que celebra pacto arbitral.² Como a arbitragem é utilizada por “pessoas capazes de contratar”, a capacidade de ser parte em processo arbitral se confunde com a capacidade civil – e daí decorre o impedimento do uso da arbitragem por menores de idade, ébrios habituais, viciados em tóxico e outros relativamente incapazes (Código Civil – CC, art. 4º). Mas a necessidade de que a parte no juízo arbitral seja “pessoa capaz de contratar” alija dessa seara também os *entes despersonalizados*, como o condomínio e a herança jacente.

É dizer: o exame da arbitrabilidade subjetiva de uma potencial parte num processo arbitral passa tanto pelo exame de sua capacidade de contratar, como também pela sua condição de pessoa (natural ou jurídica). E no direito público a discussão se avoluma porque são diversos os órgãos e entidades cujas naturezas são ainda pouco conhecidas da comunidade arbitralista – como consórcios públicos, fundos especiais e mesmo as próprias unidades federativas.

Nesse contexto, estabelece-se a importância de examinar o cabimento da arbitragem para solução de conflitos em que a Administração Pública seja parte, partindo de um exame de arbitrabilidade subjetiva pautado pela teoria dos entes despersonalizados (principalmente, os entes despersonalizados integrantes da Administração Pública). A proposta deste trabalho, a partir disso, é estudar a arbitrabilidade subjetiva dos *fundos públicos*, figura ainda pouco estudada pela doutrina nacional.

A primeira parte do estudo mostra um sucinto resumo do que a lei brasileira e a jurisprudência fixaram em matéria de arbitrabilidade subjetiva, com especial ênfase ao que for pertinente à Administração Pública.

O segundo tópico apresenta, em linhas gerais, a relação entre a teoria dos entes despersonalizados, a capacidade processual e a arbitrabilidade subjetiva do Poder Público. A ideia aqui é mais contextualizar o presente estudo do que trazer contribuições originais.

¹ Sobre o tema, amplamente: CARNAÚBA, César Augusto Martins. Adequação da arbitragem aos litígios envolvendo o Poder Público. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, vol. 15, n. 58, p. 7-27, abr./jun. 2018.

² Conforme será abordado (*infra*, 1.2), o regime jurídico aplicável ao ente foi a questão debatida de forma mais frequente pela jurisprudência brasileira.

O terceiro item realiza um exame da capacidade processual dos fundos públicos, posicionando-se sobre a viabilidade (ou não) de fazerem uso da via arbitral para dirimir conflitos.

Ao final, faz-se sucinta conclusão dos raciocínios apresentados.

1 Arbitrabilidade subjetiva

1.1 Da Lei nº 9.307/1996

A arbitrabilidade subjetiva consiste no exame dos sujeitos que podem se submeter a um processo arbitral e, ao menos no Brasil, seu estudo costuma partir do artigo 1º da LArb: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Do dispositivo legal, vê-se que a capacidade de ser parte depende da capacidade *de contratar*, donde decorre o paralelo entre a capacidade de pactuar convenção de arbitragem e a própria capacidade civil do sujeito.³

Por exclusão, aqueles que não se encontrem no regular exercício de seus direitos (não têm capacidade para contratar) não poderão se valer da arbitragem – assim, por exemplo, os incapazes arrolados no artigo 4º do CC.⁴ Mas, além desses, também aqueles que apenas possuam poderes de administração sobre o objeto da demanda não podem celebrar convenção de arbitragem livremente – ao menos não sem a autorização do verdadeiro titular do bem.⁵

De maneira um pouco mais específica, a arbitrabilidade não se resume apenas à capacidade para contratar, mas à capacidade para *transigir* – esta mais restrita que aquela. A aproximação entre pacto arbitral e transação, ademais, angaria respeitada corrente doutrinária (embora não a mais recente),⁶ porque tanto ela quanto a arbitragem visam à solução de uma controvérsia jurídica:

uma mediante concessões recíprocas, outra com a decisão adjudicada por um terceiro.

Por essa aproximação entre arbitragem e transação que se justifica também a inclusão do requisito da disponibilidade no artigo 1º da LArb. Não apenas como requisito de arbitrabilidade objetiva (campo onde a disponibilidade é mais estudada), mas também como indicativo de que a parte do processo arbitral deve ter capacidade para dispor do objeto – deve, então, ter capacidade para abrir mão desse objeto se necessário for. A legislação estrangeira adota essa corrente e, a exemplo de Argentina, Paraguai e Uruguai, condicionam a arbitrabilidade subjetiva não apenas aos sujeitos com capacidade de contratar, mas àqueles com capacidade específica para celebrar o negócio jurídico de transação.⁷

De outro lado, com esteio em posição que remonta a Pontes de Miranda,⁸ há estudiosos que rechaçam a relação transigibilidade-arbitrabilidade, por entender que na arbitragem a parte não abre mão de nenhuma parcela de seu direito: ao contrário, ela entrega a um terceiro o poder de decidir a controvérsia justamente com a intenção de manter para si o bem da vida em conflito em sua integralidade.⁹

De toda forma, ver-se-á adiante que o direito brasileiro adotou a corrente que aproxima os poderes de transigir aos poderes de celebrar pacto arbitral ao permitir a adoção da arbitragem pela Administração Pública.

1.2 Evolução legal e jurisprudencial da arbitragem envolvendo entes públicos¹⁰

O primeiro caso comumente apontado como *leading case* para a arbitragem envolvendo a Administração Pública no direito brasileiro foi o AgIn nº 52.181/GB.¹¹ O “Caso Lage”, como tam-

³ Condicionar a arbitragem àqueles que têm capacidade para contratar faz sentido porque a convenção de arbitragem não deixa de ser um contrato entre as partes.

⁴ SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de arbitragem, mediação e conciliação*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 14.

⁵ Essa é a posição de Carlos Alberto Carmona, para quem “[...] não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração, bem como os incapazes (ainda que representados ou assistidos). Isto significa que o inventariante do Espólio e o síndico do condomínio não podem, sem permissão, submeter demanda a julgamento arbitral; havendo, porém, autorização (judicial, no caso do inventariante e do síndico da falência, ou da assembleia de condôminos, no que diz respeito ao condomínio), poderá ser celebrada a convenção arbitral” (*Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37).

⁶ Exemplarmente: SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da arbitrabilidade. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 10, p. 360-365, out./dez. 2000. O autor ainda cita, para respaldar esse posicionamento, obras de Durval Vianna e Clovis Beviláqua.

⁷ SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Administração Pública: Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 35-36.

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. XV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 159.

⁹ SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Administração Pública: Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 36-39; GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10-15.

¹⁰ Para um contato mais extenso com o tema: WALD, Arnoldo; BORJA, Ana Gerda de. Arbitragem envolvendo entes estatais: a evolução da jurisprudência e a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Org.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 105-132.

¹¹ “[...] 1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal [...]” (STF, AgIn 52.181, Tribunal Pleno, rel. Min. Bilac Pinto, j. 14.11.1973, RTJ 68/382-397).

bém é conhecido, tratou da incorporação ao patrimônio nacional dos bens da Organização Lage, por conta do estado de guerra declarado em 1942, e do pleito dos espólios de Henrique Lage e de Renaud Lage de receberem indenização fixada por juízo arbitral nos termos do DL 9.521.

O relator, Ministro Bilac Pinto, concluiu pela constitucionalidade do juízo arbitral (sob a égide da Emenda Constitucional 1/1969), em razão da ausência de impedimento constitucional ao uso da arbitragem pela Fazenda Pública.¹²

Como se vê no voto do Ministro, muito embora o Caso Lage seja citado como um dos primeiros exemplos de admissibilidade da arbitragem envolvendo a Administração Pública, essa prática remonta aos tempos do Império.

O segundo precedente a ser citado é a Remessa *ex officio* nº 99.824/RJ, julgada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos em 1988.¹³ Este caso tratou da moratória solicitada pelo Brasil a diversos credores estrangeiros no início dos anos oitenta, que culminou na celebração de vários contratos entre as partes. Desses, destacou-se o Acordo de Crédito Depositado (“Acordo Dois”), pelo qual o Banco Central se sujeitou às leis do Estado de Nova Iorque e celebrou uma convenção de arbitragem.

Ajuizou-se ação popular em face do Acordo Dois, por reputá-lo inconstitucional. Todavia, a ação já fora julgada improcedente em primeira instância pelo juiz federal Agostinho Fernandes

Dias da Silva. A decisão do TFR, em verdade, tão somente confirmou os fundamentos já exarados pelo magistrado de primeiro grau, concluindo pela legitimidade da arbitragem em contratos públicos desde que houvesse autorização legislativa – no caso, ela se encontrava no Decreto-lei nº 1.312/1974.

Nesse íterim sobreveio, em 23.09.1996, a edição da Lei brasileira de Arbitragem, Lei nº 9.307/1996. Em que pesasse o instituto já ser velho conhecido do direito brasileiro – inclusive, como visto, para as causas do Poder Público – a edição de uma lei geral, regulando a prática da arbitragem, auxiliou a consolidação desse meio de resolução de controvérsias – embora não sem resistência.

Surge em cena, então, o maior *leading case* em matéria de arbitragem no Brasil: o julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do AgReg SE 5.206, em 12.12.2001.¹⁴ No caso, pretendia-se homologar uma sentença arbitral proferida na Espanha, para que produzisse efeitos em território nacional.¹⁵ A ação, contudo, foi intentada em 1995 (antes da publicação da LArb), época em que ainda se fazia necessária a homologação desse laudo no país de origem. Em razão disso, foi indeferida pelo tribunal.

Em 1996, contudo, a LArb expurgou essa prévia homologação pelo Judiciário de origem¹⁶ – o que deu azo à interposição de recurso pelo interessado. Nessa oportunidade, o Ministro Moreira Alves levantou a questão da constitucionalidade da lei. O julgamento concluiu pela constitucionalidade

¹² Conforme trecho original do voto: “Não tem, ao nosso ver e *permissa vènia* do autorizado mas isolado pronunciamento de Luís Machado Guimarães, qualquer procedência a argüida inconstitucionalidade do Juízo Arbitral. Na Carta de 1937, então vigente ao tempo da expedição do increpado DL 9.521, não existia qualquer disposição que vedasse, de modo expresso, ou mesmo implícito, a instituição de um Juiz Arbitral nos moldes estabelecidos pelo referido diploma e cuja decisão fosse irrecorrível e exequível, independentemente do *exequatur* judicial, pela sua homologação. Igualmente, a Constituição vigente não contém qualquer disposição que vede a criação desse instituto, tradicional no direito brasileiro, desde as antigas Ordenações. Já o C. Civil o consagrara nos seus arts. 1.037 e seguintes. Castro Nunes, em notável parecer à f. 145 (doc. nº12), refutou, cabalmente, todas as objeções levantadas contra a sua irrecusável constitucionalidade. Ao tempo do Império, assinala o parecer, muitas controvérsias se levantaram contra a possibilidade da extensão do instituto, então disciplinado pelo D. 3.900, de 26.7.67, às causas da Fazenda Nacional, prevalecendo, no sentido afirmativo, os autorizados pronunciamentos, dentre outros, de Lafayette, Visconde de Ouro Preto e do Conselheiro Silva Costa” (STF, AgIn 52.181, Tribunal Pleno, rel. Min. Bilac Pinto, j. 14.11.1973, RTJ 68/382-397).

¹³ “[...] A contratação de empréstimos no exterior, realizada através de órgãos do Estado e autorizada pelas autoridades competentes, é ato discricionário de governo, da responsabilidade do Poder Executivo. Ação popular não é meio adequado para se pleitear anulação de ato do governo, tido como ofensivo à soberania nacional. Não comprovado haver agido de má-fé, descabe a condenação em custas e honorários advocatícios (art. 5, item LXIII da Constituição Federal). Sentença parcialmente reformada” (TFR, Remessa *ex officio* 99.824/RJ, 3ª T., rel. Min. Flaquear Scartezini, j. 14.10.1988, DJ 28.02.1989).

¹⁴ “[...] 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF [...]” (STF, AgReg SE 5.206/Espanha, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001, DJ 19.12.2001).

¹⁵ Lembre-se que a competência para concessão de *exequatur* a cartas rogatórias e homologação de sentenças estrangeiras (inclusive arbitrais) foi do Supremo Tribunal Federal até a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, oportunidade em que foi transferida para o Superior Tribunal de Justiça.

¹⁶ “Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal”. Em 2015, com a alteração da LArb, este artigo passou a contar com nova redação e fazer menção ao Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a Emenda Constitucional nº 45/2004. Sobre o tema, amplamente: PUCCL, Adriana Noemi. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 339-350.

da lei, pacificando, por fim, uma das maiores batalhas sobre a arbitragem no Brasil.¹⁷

Em 2004, a Lei de parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2004) instituiu no direito administrativo brasileiro as figuras da concessão patrocinada e administrativa. Aliada a essa inovação, o legislador também previu o “emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa” para dirimir conflitos decorrentes relacionados ao contrato. Para a celebração dessas parcerias, então, não se fez necessário autorizações legislativas para cada contrato que pretendesse incluir cláusula compromissória.

O ponto de inflexão jurisprudencial seguinte ocorreu em 2005, com o julgamento do REsp nº 612.439/RS – o “Caso AES Uruguaiana”.¹⁸ O recurso especial foi intentado pela AES Uruguaiana, que pretendia fazer valer a cláusula compromissória presente no contrato celebrado entre ela e a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), sociedade de economia mista com sede no Rio Grande do Sul.

O voto relator consignou que, como a sociedade de economia mista é entidade da Administração Indireta submetida a regime de direito privado, “não parece haver dúvida quanto à validade de cláusula compromissória por ela convencionada, sendo despicienda a necessidade de autorização do Poder Legislativo a referenciar tal procedimento”. Fixou, então, dois entendimentos essenciais ao uso da arbitragem pelo Poder Público: a uma, que as entidades da Administração submetidas a regime jurídico de direito privado prescindem de autorização legal para celebrar pacto arbitral; a duas, que a cláusula compromissória celebrada por uma entidade nesses termos é de cumprimento obrigatório.

Pouco tempo depois – em 21.11.2005 – a Lei nº 11.196 incluiu o artigo 23-A na Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995), que passou a prever que o “contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa”. Dessa forma,

a autorização legislativa (requisito à instituição de arbitragem para resolver conflitos envolvendo o Poder Público) foi conferida em caráter geral a todos os contratos de concessão, na mesma linha do que já fora feito pela Lei nº 11.079/2004 no campo das parcerias público-privadas.

O Superior Tribunal de Justiça tornou a se debruçar sobre a arbitragem envolvendo entes públicos em 2008, no julgamento do MS nº 11.308/DF.¹⁹ O “Caso NUCLEP” é oriundo de um contrato de arrendamento de terminal portuário cujo contrato continha cláusula compromissória. Já havia ocorrido uma controvérsia anterior em que a NUCLEP, também uma sociedade de economia mista, alegou a invalidade da cláusula – o argumento, em razão da jurisprudência instalada pelo Caso AES Uruguaiana, não foi acolhido. Em razão disso, a NUCLEP rescindiu unilateralmente o contrato celebrado com a TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A, medida que foi guerreada por meio do mandado de segurança em comento.

No julgamento, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a rescisão unilateral do contrato fora inválida – porque visava à fuga da via arbitral. O conflito entre NUCLEP e TMC deveria ter sido dirimido, desde o início, por meio da arbitragem. Uma vez mais, a fundamentação do precedente considerou que a entidade pública se submetia a regime jurídico de direito privado.

Outro precedente relevante para a evolução da matéria é o REsp nº 904.813/PR, julgado em 2011 pelo Superior Tribunal de Justiça.²⁰ Neste

¹⁷ Mas a votação não foi unânime. Os Ministros Sepúlveda Pertence (relator), Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, por vislumbrarem ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, pugnaram pela inconstitucionalidade do par. un. do artigo 6º; do artigo 7º e seus parágrafos, e dos artigos 41 e 42, todos da LArb.

¹⁸ “[...] 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, §1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste [...]” (STJ, REsp 612.439/RS, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.10.2005, DJ 14.09.2006, v. u.).

¹⁹ “1. A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93. [...] 9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. 10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. 11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. 12. As sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres. [...]” (STJ, MS 11.308/DF, 1ª S., rel. Min. Luiz Fux, j. 09.04.2008, DJ 19.05.2008).

²⁰ “[...] 6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente. 7. A previsão

julgado – “Caso Compagás” – o tribunal apreciou a relação entre a arbitragem e as disposições da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993). De um lado, consolidou-se o entendimento de que o fato de não haver previsão editalícia do uso da arbitragem não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente entre o Poder Público e o particular contratado. De outro, também foi fixado que a cláusula de foro prevista pela Lei de Licitações²¹ não era incompatível com a instituição do juízo arbitral – a eleição do foro competente manteria sua utilidade, por exemplo, para executar medidas de constrição patrimonial.²²

Nesse contexto de ampliação paulatina da arbitrabilidade de conflitos envolvendo o Poder Público foi que ocorreu a reforma da LArb, por meio da Lei nº 13.129/2015. Com ela incluiu-se o §1º no artigo 1º da LArb, que passou a prever que a “administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. De uma só vez, a alteração resolveu a necessidade de que o uso da arbitragem pelo Estado viesse amparado por autorização legislativa – porque agora a permissão da LArb é geral – e também incluiu expressamente a Administração Direta porque, como visto, até então a jurisprudência havia permitido a arbitragem essencialmente em que entidades da Administração Indireta figurassem.

Importante ressaltar que também foi incluso o §2º no artigo 1º da LArb, pontuando que a “autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”. Em que pese a orientação brasileira com a edição da LArb em 1996 ter sido contrária à de outros países e equiparado os poderes para celebrar pacto arbitral aos poderes para contratar, quando for a Administração Pública a

interessada na arbitragem faz-se necessário apresentar poderes específicos para *transigir*. Assim, por exemplo, o Ministério Público poderia celebrar convenção de arbitragem apenas por meio da autoridade ou órgão competente para celebração de Termo de Ajustamento de Conduta; o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) só poderia celebrar pacto arbitral em analogia ao procedimento feito para celebrar compromisso de cessação de conduta (proposição por Conselheiro e aprovação pelo Tribunal Pleno do CADE – Lei nº 12.529/2011, artigos 9º, V, e 11, IX), e assim por diante.

Também nessa esteira, algumas leis específicas foram sendo editadas com o fito de regulamentar a adoção da arbitragem pelo Poder Público. Surgem, como atos normativos pioneiros nessa empreitada, a Lei estadual nº 19.477/2011, do Estado de Minas Gerais, e o Decreto estadual nº 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro.

O cenário brasileiro, hoje, caminha pela utilização cada vez mais frequente da arbitragem pelo Poder Público. Legislação, doutrina e jurisprudência já aceitam com tranquilidade esse fato, e continuam trabalhando para ampliá-lo.

2 Capacidade processual e entes despersonalizados

2.1 Capacidade processual

Os pressupostos processuais subjetivos referentes às partes do processo se dividem em três: capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória. Para fins didáticos, quando for necessário fazer referência a esse conjunto de pressupostos (e não a um deles especificamente), será utilizado o termo “capacidade processual”.

A capacidade postulatória é a de mais fácil apreensão. Via de regra, apenas advogados podem praticar os atos perante o juízo.²³ Assim, não sendo casos excepcionais em que se prescinde da assistência do advogado (como no exercício do *jus postulandi* trabalhista), a parte não pode postular por si só em juízo. No campo da Administração Pública, o problema é facilmente resolvido pela atuação da advocacia pública – supondo que haja uma procuradoria ou algo similar

do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame. 8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável [...]” (STJ, REsp 904.813/PR, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2011, *DJe* 28.02.2012).

²¹ “Art. 55. [...] §2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no §6º do art. 32 desta Lei”.

²² Sobre o tema: CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 33-46.

²³ “Em regra, as partes deverão ser assistidas por um advogado devidamente habilitado pela Ordem dos Advogados do Brasil, ou seja, as partes deverão ter capacidade postulatória. Por vezes, a capacidade postulatória é dispensada, como ocorre nos Juizados Especiais, Justiça Trabalhista, no HC e na ADIn/Adecon” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 169).

com competência para patrocinar as causas do ente público em juízo – ou pela contratação de advogados particulares.

A capacidade de ser parte, por sua vez, está relacionada à capacidade jurídica de gozo e do exercício de direitos e obrigações pelo sujeito. Ela existe para “as pessoas físicas, pessoas jurídicas, pessoas formais (art. 75 do Novo CPC), e para a maioria dos entes despersonalizados, tais como as mesas dos corpos legislativos, as Casas Legislativas ou os Tribunais de Contas”.²⁴ A capacidade de ser parte, como se vê, é muito ampla.²⁵

Já a capacidade de estar em juízo é mais restrita, e concedida apenas àqueles que possuam capacidade civil (de fato) para a prática dos atos da vida civil – inclusive atos processuais. Dessa forma, caso a pessoa que é parte no processo seja incapaz para a prática de atos da vida civil no âmbito processual a sua representação “importará a realização de atos de parte exclusivamente pelo representante, enquanto na assistência haverá realização conjunta dos atos”.²⁶

2.2 Entes despersonalizados e a “capacidade judiciária”

Personalidade é a aptidão para ser sujeito de direitos e de obrigações em um determinado ordenamento jurídico.²⁷ E, como visto no tópico anterior, a capacidade para estar em juízo é associada, por lei, à personalidade. O salto lógico é que apenas quem for *pessoa* possuirá capacidade processual.

Entretanto, o legislador também cuidou de hipóteses excepcionais, atribuindo capacidade processual a entes que *não possuem personalidade*. Assim, por exemplo, o artigo 75 do Código de Processo Civil (CPC) disciplina que a massa falida será representada em juízo pelo administrador judicial, a herança jacente ou vacante pelo curador,

e o espólio pelo inventariante.²⁸ São situações em que não existe *personalidade* – porque o CPC mencionou universalidades de bens, situações jurídicas representativas de um patrimônio –, mas a mera representação pelo sujeito designado em lei é suficiente para atribuir capacidade de estar em juízo a essas universalidades.

Por não serem pessoas, mas guardarem íntima semelhança com entes personalizados, o direito processual as admite como partes, indicando, na mesma oportunidade, as pessoas (físicas) que as representarão em juízo.²⁹

A partir desse quadro, depreende-se que a capacidade de estar em juízo pode ser atribuída a pessoas físicas (naturais), a pessoas jurídicas, e também a alguns entes despersonalizados, que passam a ter uma personalidade *formal* para fins de participar de um processo judicial. Surge, então, o que a doutrina costuma denominar *personalidade judiciária*.³⁰

De toda forma, não há que se duvidar que a personalidade judiciária, enquanto atributo de entes personalizados, é medida excepcional adotada pelo legislador por razões consideradas relevantes – como a similitude com entes dotados de personalidade, para impedir que houvesse um “vácuo jurisdicional” em que uma relação processual jamais poderia se completar (e a demanda não seria apreciada) etc.

Regras excepcionais, como é cediço, não de ser interpretadas restritivamente. Seria perigoso admitir que qualquer conglomerado de bens demandasse ou fosse demandado em juízo, seja sob a perspectiva de administração da justiça,³¹ seja pelo desvirtuamento do pressuposto processual

²⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 166.

²⁵ Vale o apontamento, a título de curiosidade, dos diferentes níveis de capacidade jurídica de gozo no direito romano clássico – o que, se fosse transplantado para o direito brasileiro hodierno, impactaria na capacidade de ser parte desses sujeitos. No direito romano se distinguiam diversas categorias de pessoas: “Para ter a completa capacidade jurídica de gozo, isto é, para ter a idoneidade de ter direitos e obrigações, era necessário, no direito romano, que a pessoa fosse: 1º) livre; 2º) cidadão romano; e 3º) independente do pátrio poder (*sui iuris, paterfamilias*)” (MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 29).

²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 167.

²⁷ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Distinção entre “personalidade” e “direito geral de personalidade”. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 60, p. 127-132, out./dez. 2014.

²⁸ O CPC ignora, contudo, a distinção entre hipóteses de *representação*, na qual se insere a massa falida, e de *representação*, na qual se inserem a herança e o espólio (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 215, comentários ao artigo 75). Tendo em vista que o diploma legal fala apenas em *representação*, o termo será usado indistintamente para ambos os casos.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Personalidade judiciária de órgãos públicos. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 160-168, 2002. Na mesma oportunidade, o autor salienta que “[a]tendendo, porém, a determinados aspectos especiais na ordem jurídica, a lei processual admitiu também como dotados de capacidade de ser parte alguns conglomerados jurídicos, que, não obstante despidos de personalidade jurídica de direito material, são autorizados a figurar na relação processual como se fossem pessoas” (*ibidem*).

³⁰ Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Personalidade judiciária de órgãos públicos. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 160-168, 2002; SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. Capacidade processual de entes despersonalizados. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 56, p. 202-207, out./dez. 1989.

³¹ Como controlar o número de processos, se mesmo quem não é uma pessoa pode ser parte? Como executar algo que não é sujeito de direitos (e não possui patrimônio)? Como permitir que algo que não possui direitos outorgue instrumento de mandato a um advogado para atuar em juízo?

(e das razões de sua vera existência).³² A capacidade judiciária de entes despersonalizados, quando prevista em lei, não merece qualquer reparo; nas situações além desse rol, contudo, a análise deve ser mais detida.

Doutrina³³ e jurisprudência³⁴ costumam se assentar na lição de Victor Nunes Leal sobre o tema – mais especificamente, sobre a capacidade judiciária das câmaras municipais e assembleias legislativas.³⁵ O raciocínio construído a partir dos ensinamentos do administrativista mencionado é o seguinte: em que pese os órgãos públicos não serem dotados de personalidade, eles são titulares de certos direitos expressamente previstos em letra constitucional (federal ou estadual, ou ainda nas Leis Orgânicas municipais) – em realidade, direitos-função (ou direitos-deveres), porque esses órgãos exercem múnus público.³⁶ E, sendo esses seus direitos de exercício obrigatório, é necessário garantir-lhes um meio de se socorrer ao Poder Judiciário caso sejam tolhidos.³⁷

³² Não faz sentido, p. ex., cogitar de uma demanda promovida em face de um estabelecimento comercial – que é um conjunto de bens corpóreos e incorpóreos, tal como a massa falida ou a herança. Afinal, se o estabelecimento comercial é o conjunto de bens que propicia o exercício de uma atividade empresarial, é de se esperar que a demanda seja promovida contra o empresário, ente apto a ser sujeito de direitos e deveres. Nesse caso, ou haverá uma empresa regularmente constituída (e a demanda será promovida contra ela), ou a sociedade será irregular – mas a demanda será promovida contra essa sociedade irregular por força do artigo 75, IX do CPC, e jamais contra seu estabelecimento comercial.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Personalidade judiciária de órgãos públicos. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 160-168, 2002.

³⁴ Exemplamente: STF, RE 595.176 AgR/DF, 2ª T., rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 31.08.2010, v. u.

³⁵ Apenas um esclarecimento terminológico: não se olvida que esses casos são de *órgãos públicos*, integrantes da Administração Direta – a eles se opõem as *entidades públicas* da Administração Indireta. Sob a rubrica de *entes despersonalizados*, contudo, aloca-se órgãos e quaisquer outras universalidades de bens.

³⁶ “Parece-nos, *data venia*, que é impossível negar certos direitos das câmaras municipais, reconhecidos em texto expreso das constituições estaduais e das chamadas leis orgânicas dos municípios. Não resta dúvida de que a câmara de vereadores é apenas um órgão do município, incumbido da função deliberativa na esfera local. Sendo, entretanto, um órgão *independente* do prefeito no nosso regime de divisão de poderes (que projeta suas consequências na própria esfera municipal), sua competência privativa envolve, necessariamente, *direitos*, que não pertencem individualmente aos vereadores, mas a toda a corporação de que fazem parte. Se o prefeito, por exemplo, viola esses direitos, não se pode conceber que não haja no ordenamento jurídico positivo do país um processo pelo qual a câmara dos vereadores possa reivindicar suas prerrogativas” (LEAL, Victor Nunes. Câmara de vereadores – capacidade processual – mandado de segurança. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 46-65, jan./mar. 1949).

³⁷ “A legitimidade *ad causam* no mandado de segurança pressupõe que o impetrante se afirme titular de um direito subjetivo próprio, violado ou ameaçado por ato de autoridade; no entanto, segundo assuntado pela doutrina mais autorizada (cf. Jellinek, Maalberg, Duguit, Dabin, Santi Romano), entre os direitos públicos subjetivos, incluem-se os chamados direitos-função, que tem por objeto a posse e o exercício da função pública pelo titular que a detenha, em toda a extensão das competências e

O primeiro critério extraível da análise doutrinária e jurisprudencial, portanto, é que a concessão de capacidade judiciária a entes despersonalizados se dá como forma de garantir que esse ente busque, no Judiciário, a proteção de seus direitos constitucionalmente previstos, porque o exercício desses direitos é também sua função enquanto integrante da Administração Pública.³⁸

Por si só, o argumento não necessariamente é irrefutável. Afinal, a aparente contradição seria facilmente contornável se, numa eventual afronta a um direito (-dever) da câmara municipal, fosse conferida a capacidade processual ao prefeito do respectivo município – se a câmara nada mais é senão um órgão desse município (este, sim, dotado de personalidade), faz sentido que o Município, representado por seu prefeito ou procurador, figure nessa demanda judicial.

Mas o problema surge na eventualidade de o exercício do direito (-dever) da câmara municipal estar sendo obstado pelo próprio Poder Executivo – que figuraria, portanto, no polo passivo da demanda. Exigir que o Município figure nos dois polos da ação é impraticável, tanto como esperar que o prefeito atue de forma proba e cooperativa num processo em que está impugnando um ato de sua própria lavra.³⁹

E a solução – também presente na criação jurisprudencial – é a presença de um segundo critério, consistente no perigo à separação de Poderes – também de matriz constitucional.

Desponta, a confirmar a apresentação acima, a construção jurisprudencial feita pelo Supremo Tribunal Federal que culminou com a atribuição de capacidade processual ao Tribunal de Contas da União – e, por simetria, aos demais Tribunais de

prerrogativas que a substantivem: incensurável, pois, a jurisprudência brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra ato do detentor de outra, tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências: a solução negativa importaria em “subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (STF, MS 21.239, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.04.1993).

³⁸ Nesse sentido, a Súmula 525 do Superior Tribunal de Justiça: “A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais”.

³⁹ Ou, em outro exemplo: “Condicionar-se o ingresso em juízo dos Tribunais de Contas, no caso de suas prerrogativas estarem sendo violadas, à vontade das pessoas jurídicas a que se subordinam, no mais das vezes, pode fazer com que tais órgãos fiquem inteiramente indefesos. As prerrogativas dos Tribunais de Contas só podem ser lesadas, no mundo jurídico e fenomênico, pelas autoridades constituídas. Quando estas pessoas jurídicas são, ao mesmo tempo, as responsáveis pela defesa de prerrogativas de seus órgãos subordinados e pelo (ilegal) ataque a essas mesmas prerrogativas, sempre ocorrerá um conflito de interesses, sendo violados direitos públicos constitucionalmente atribuídos a esses órgãos” (SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. Capacidade processual de entes despersonalizados. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 56, p. 202-207, out./dez. 1989).

Contas brasileiros.⁴⁰ Do mesmo modo, procedeu-se em relação ao Ministério Público.⁴¹

Contudo, e com a devida vênia, o Supremo Tribunal Federal comete uma imprecisão conceitual ao abordar a questão,⁴² porque confunde a *capacidade processual* (pressuposto processual subjetivo) com a *legitimidade da parte* (condição da ação). Com efeito, da leitura dos votos condutores das decisões mencionadas, vê-se em algumas passagens expressas menções à legitimidade *ad causam* e ao interesse de agir, como se extrai do exemplo abaixo:

Todavia, não basta a legitimidade *ad processum* para que um órgão despersonalizado de estatura constitucional possa demandar. Embora a jurisprudência desta Corte não seja conceitualista na matéria, é nítido que os precedentes colacionados também impõem ao magistrado o dever de controlar a legitimidade *ad causam* daqueles órgãos, isto é, sua legitimidade para gerir a causa concretamente apreciada.

No contexto analisado, a legitimidade *ad causam* – cujo vínculo com o interesse de agir é exacerbado pela ausência de situação legitimante descrita em lei – advém da constatação, no caso concreto, de que o órgão despersonalizado, por não dispor de meios eficazes para garantir seus direitos-função *contra entidade ou órgão diverso*, necessita da tutela jurisdicional.⁴³

Ora, se os critérios criados pela jurisprudência – preservação de competência constitucional do órgão e risco à separação de Poderes – devem ser analisados para cada causa concretamente apreciada, certo é que são critérios *objetivos*, não podendo figurar na condição de requisitos para preenchimento do pressuposto processual *subjetivo* que é a capacidade de estar em juízo – ou, no caso, a capacidade judiciária. Eles mais se aproximam da análise da *legitimidade da parte*, condição da ação aferida *in statu assertionis*. Ocorre que, antes de ser parte legítima ou ilegítima, esse ente/órgão/universalidade precisa ser apenas *parte*.

Não nos parece surgir uma resposta clara a essa contradição – um pressuposto processual *subjetivo* que só se afere mediante análise do *objeto* da demanda. Mas, como a situação é claramente excepcional, cabe tratar o caso das pessoas formais (ao lado das pessoas naturais e

jurídicas) como verdadeiro *tertium genus*, submetido a regramento próprio.

Assim, as premissas das quais se parte são a seguinte: alguns aglomerados de bens (como a massa falida e o espólio) possuem, sem dúvidas, *capacidade de ser parte e capacidade de estar em juízo*, por expressa previsão legal (CPC, art. 75). Além disso, cabe adotar uma interpretação minimamente extensiva dessas previsões legais, com vistas a evitar tratamento jurídico desigual para situações sobremaneira semelhantes.⁴⁴

Caso não haja previsão legal, a construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal passou a atribuir capacidade judiciária a alguns entes despersonalizados (como edilidades, Tribunais de Contas e Ministério Público), *apenas para os casos em que* (i) o ente despersonalizado esteja procurando a tutela jurisdicional de um direito (-dever) constitucionalmente previsto e (ii) haja risco de prejuízo à separação de Poderes e a seu sistema de freios e contrapesos.⁴⁵

A primeira hipótese, a partir das premissas acima, é a mais simples: o Supremo Tribunal Federal permite a atribuição de capacidade judiciária a entes despersonalizados que não contem com expressa previsão legal apenas se atendidos os já aludidos requisitos. Em que pese a contradição (requisitos objetivos para aferir um pressuposto processual subjetivo), a tese se justifica na medida em que for aceito que o tema da capacidade judiciária de entes despersonalizados é *sui generis* e excepcional *per se*.

A segunda hipótese é a de que os critérios formulados pela Corte tratam, na verdade, da *legitimidade* do ente despersonalizado – condição da ação, e não pressuposto processual. Dessa forma, para analisar se o ente despersonalizado é parte legítima ou não, seria necessário assumir que, ao menos, ele é parte. Ou seja: seria uma presunção de que todos os entes despersonalizados possuem capacidade judiciária, mas o exame de sua legitimidade seria muito mais rigoroso que o de quem possua personalidade.

Essa segunda hipótese, conquanto agrade aos conceitos de pressupostos processuais e condições da ação, peca em não condizer com a realidade. Com efeito, se o legislador já previu que

⁴⁰ A partir do *leading case*: STF, RE 74.836, Tribunal Pleno, rel. p/ acórdão Min. Rodrigues Alckmin, DJ 19.11.1973.

⁴¹ STF, MS 21.239, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.04.1993.

⁴² Por todos: STF, RE 595.176 AgR/DF, 2ª T., rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 31.08.2010, v. u.

⁴³ STF, RE 595.176 AgR/DF, 2ª T., rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 31.08.2010, v. u.

⁴⁴ Assim, por exemplo, a massa falida nos casos de insolvência civil deve receber tratamento substancialmente igual ao da massa falida empresarial – inclusive no tocante à capacidade judiciária.

⁴⁵ Embora ainda não se verifique uma posição assentada, o Supremo Tribunal Federal já aponta no sentido de limitar a capacidade judiciária do órgão público a ações mandamentais – excetuando-se, nesse tocante, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público (STF, Rcl 24.162, 2ª T., rel. Min. Dias Toffoli, j. 22.11.2016, DJe 07.12.2016). O tema precisa ser melhor debatido.

alguns aglomerados de bens teriam capacidade judiciária (e inclusive já nomeou o seu representante legítimo), foi porque a esses aglomerados a capacidade pareceu mais necessária. Os casos não previstos em lei não apresentam nenhuma razão para receberem tratamento idêntico. E, além disso, contrariam o *caput* do artigo 75 do CPC, que associa a capacidade de estar em juízo à personalidade.

Por ora, portanto, parece mais simples aderir à primeira hipótese, e aceitar a seguinte tese: a capacidade judiciária dos entes despersonalizados não prevista em lei é aferível de maneira casuística, admissível nos casos em que o ente despersonalizado vise à proteção de seu direito (-dever) de matriz constitucional e demonstre a existência de potencial prejuízo à separação de Poderes.

Expostas, assim, em breves linhas, a capacidade processual de entes despersonalizados, passa-se a tratar desse tema relacionado com a arbitragem.

2.3 Capacidade judiciária e arbitrabilidade subjetiva

Apesar das considerações anteriores sobre a capacidade processual dos entes despersonalizados, relevantes parênteses devem ser feitos ao analisar a questão sob o prisma do juízo arbitral. Afinal, a capacidade de estar em juízo *arbitral* depende dos requisitos do artigo 1º da LArb, e não do artigo 70 do CPC.

Assim, enquanto a capacidade processual “judicial” é conferida a “toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos”, a capacidade processual “arbitral” é atribuída às “pessoas capazes de contratar”. Não existe, na arbitragem, a previsão de representação aos incapazes como o menor de idade e o interditado.⁴⁶

Além da incapacidade de certos sujeitos para praticar alguns atos da vida civil – expostos no artigo 4º do CC⁴⁷ – existem algumas limitações previstas em lei para casos específicos. Assim, por exemplo, o artigo 66 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (Lei nº 11.101/2005)

determina que, após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, ressalvadas as exceções ali previstas. A legislação falimentar, atenta a seus objetivos, impede a prática de certos atos pela empresa recuperanda.⁴⁸ Apenas para pontuar, portanto, que “estar no exercício de seus direitos” e “ser capaz de contratar” podem não ser expressões idênticas em todos os casos.

De toda forma, seja quando o CPC fala em “exercício de seus direitos”, seja quando a LArb fala de “capacidade de contratar”, está-se diante de hipóteses que pressupõem atos praticados por uma pessoa. Assim, a parte no processo judicial ou arbitral deve ser capaz de contrair obrigações, e de ser titular de direitos e deveres – remete-se, portanto, à ideia já apresentada de *personalidade*.

A parte do processo arbitral, então, também deve ser uma pessoa, um centro de imputação de direitos e deveres. Porém, como o processo judicial excepcionalmente atribui a capacidade de ser parte a entes despersonalizados (por previsão legal ou construção jurisprudencial), cabe indagar: também a arbitragem abre essa possibilidade?

A questão não é de estudo frequente pela doutrina, que costuma limitar o exame da arbitrabilidade subjetiva ao requisito “capacidade para contratar”⁴⁹ – sem adentrar na discussão sobre a personalidade da parte.⁵⁰ Todavia, é de rigor apontar o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco,

⁴⁶ Em outras palavras, “a análise da arbitrabilidade subjetiva deve partir da verificação da capacidade de gozo e exercício de direitos pelas partes interessadas e pela verificação da existência de permissão ou vedação à realização da arbitragem para uma determinada parte” (GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 50-51).

⁴⁷ “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial”.

⁴⁸ Marcelo Barbosa Sacramone aponta a justificativa para essa indisponibilidade dos bens: “Como o patrimônio geral do devedor é a garantia de satisfação das obrigações dos credores, a alienação de ativos pelo devedor poderia aumentar o risco de inadimplemento de suas obrigações por ocasião de eventual liquidação dos bens num procedimento falimentar. A alienação também poderia tornar inviável o desenvolvimento da atividade empresarial e impossibilitar a recuperação da empresa, com prejuízo a todos os envolvidos” (*Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 285, comentários ao artigo 66).

⁴⁹ Heitor Vitor Mendonça Sica, por exemplo, ao estudar o cabimento da arbitragem para solução de conflitos envolvendo a Fazenda Pública, afirmou apenas que “[a] Fazenda Pública é inquestionavelmente capaz de celebrar contratos, não tendo jamais se questionado, sob esse prisma, o cabimento da arbitragem para dirimir os seus conflitos” (*Arbitragem e Fazenda Pública*. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Org.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 273-287).

⁵⁰ Luis Fernando Guerrero, todavia, abordou a questão a partir dos conceitos de capacidade de fato e de direito: “Trata-se com maior relevância a capacidade de fato ou de exercício de direitos em detrimento da capacidade de gozo, uma vez que somente a primeira terá o condão de permitir que a parte realize, sem o auxílio de terceiros, negócios jurídicos de acordo com o art. 1º da Lei de Arbitragem. A capacidade de gozo, no entanto, não pode ser relegada a segundo plano, pois, embora não permita que a parte participe sem representação do negócio jurídico, lhe atribui a capacidade de ser titular de direitos e obrigações que podem ser objeto de litígios a ser solucionados por arbitragem” (*Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 49).

para quem todos os incapazes de contratar carecem da *capacidade de ser parte* na via jurisdicional arbitral.⁵¹

Com a devida vênia, ousamos discordar do ilustre professor.

A jurisprudência já vem aceitando a participação da *massa falida* – ente despersonalizado – em procedimentos arbitrais, ao menos nos casos em que a convenção de arbitragem fora celebrada anteriormente à decretação da falência.⁵² Nesses casos, entende-se que o pacto arbitral firmado por quem era competente e capaz para tanto à época configura *ato jurídico perfeito*.^{53 54}

Nessa esteira, a doutrina vem se inclinando a esse posicionamento, permitindo que a massa falida figure como parte na arbitragem⁵⁵ – inclusive assim já nos pronunciamos em oportunidade anterior.⁵⁶

⁵¹ O autor afirma que “foi uma fórmula muito feliz encontrada pelo legislador para a redação do art. 1º da Lei de Arbitragem (apoia da pelo art. 851 do CC), pois tem o duplo efeito de excluir da arbitragem não só os *incapazes*, como tais definidos na lei civil (CC, arts. 3º e 4º), como também alguns *entes despersonalizados* que, conquanto tenham capacidade de ser parte no processo civil comum (CPC, art. 12, incs. III-V, VII e IX), ao arbitral não logram ingresso porque suas funções se limitam à administração de bens pertencentes a alguma comunidade ou coletividade de sujeitos. É o caso da *massa falida*, do *espólio*, do *condomínio imobiliário*, das *sociedades irregulares*, da *herança jacente* e da *herança vacante etc.* Todos os incapazes de contratar carecem da *capacidade de ser parte* no processo arbitral” (*A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 79, grifos no original). De outro lado, Carlos Alberto Carmona (cf. nota de rodapé 5) parece admitir que entes despersonalizados, como a massa falida, o espólio e o condomínio, sejam partes no processo arbitral, desde que devidamente representados – de maneira bastante semelhante com o que ocorre no processo judicial.

⁵² STJ, MC 14.295/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJ09/06/2008.

⁵³ TJSP, AI 531.020-4/3-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, DJ 25/08/2008.

⁵⁴ Vale apontar, contudo, que a massa falida será parte no processo arbitral, apesar de não ter sido signatária da convenção arbitral. Ou seja: admitiu-se a capacidade processual da massa falida, apesar de não ter sido necessário atribuir capacidade civil (para contratar) a ela. A hipótese de vinculação de um não-signatário da convenção ao juízo arbitral não é estranha ao instituto: “um terceiro pode tornar-se parte da convenção de arbitragem por força de ‘circulação’ da cláusula compromissória. A situação resulta da transferência voluntária da situação substancial subjacente (cessão de crédito ou da posição contratual, alienação de direito litigioso) ou, ainda, de hipóteses de sub-rogação ou sucessão legal nos direitos e obrigações de outrem” (COSTA, Guilherme Recena. *Partes e terceiros na arbitragem*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 293 p. 2015, p. 57).

⁵⁵ Nesse sentido: DECCACHE, Antonio. Convenção de arbitragem, recuperação judicial e falência. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, vol. 19, p. 163-182, out. 2016; ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 13, p. 16-29, abr./jun. 2007; MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem e falência. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrónio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 763-792.

⁵⁶ “Na convenção arbitral essa hipótese não se concretiza, porque não há uma prestação a ser cumprida ou não pelo administrador judicial: existe apenas uma vontade, já manifestada pelo falido, de escolher a via arbitral e, porque manifestada sem vícios e independente de qualquer conduta posterior para confirmá-la,

Também com relação ao espólio – mais um aglomerado de bens sem personalidade – já se identifica precedente no sentido de permitir que faça parte em processo arbitral.⁵⁷ O voto condutor da decisão do REsp 1.727.979/MG, conquanto não tenha apreciado a relação entre arbitrabilidade subjetiva e ausência de personalidade do espólio, não viu óbice a que ele figurasse como autor em processo arbitral de dissolução parcial de sociedade c/c apuração de haveres em decorrência da morte do sócio.⁵⁸

Aliás: um dos principais precedentes sobre a legalidade do juízo arbitral no direito brasileiro – o Agln 52.181/GB mencionado acima – tratou de um caso em que figuravam como autores os espólios de Henrique e Renaud Lage. A arbitragem (ao menos, a arbitragem envolvendo entes públicos) não só parece admitir entes despersonalizados em seu bojo, como nasceu exatamente dessa forma em solo nacional!

Poder-se-ia simplesmente dizer que essas decisões judiciais não estão em consonância com os ditames do ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, a arbitragem é instituto que, no direito brasileiro, tem sido causa e consequência de muitas reformulações conceituais, como o próprio conceito de jurisdição⁵⁹ e a disponibilidade do interesse público.⁶⁰ Causa porque, na ânsia de conferir legitimidade a uma forma de resolução de litígios que já enfrentou muita resistência

não pode ser alterada pelo administrador da massa falida” (CARNAÚBA, César Augusto Martins; VASCONCELOS, Ronaldo. Arbitragem e insolvência. In: MALUF, Fernando et al. (Coord.). *Análise prática das câmaras arbitrais e da arbitragem no Brasil*. No prelo, 2018).

⁵⁷ STJ, REsp 1.727.979/MG, 3ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 12.06.2018, DJe 19.06.2018.

⁵⁸ Também nesse caso, o ente despersonalizado (o espólio) não era signatário da convenção de arbitragem. O juízo arbitral estava previsto em cláusula compromissória nos próprios atos constitutivos da empresa, de forma que, se a dissolução parcial fosse requerida pelo sócio ainda em vida, o juízo arbitral seria a via óbvia e não haveria qualquer questionamento sobre isso. Com o falecimento, ocorreu uma transferência involuntária da situação substancial do sócio para seu espólio – que, conforme a decisão do STJ, ficou vinculado à cláusula compromissória anterior. Novamente, o caso foi de ente despersonalizado que teve reconhecida sua capacidade processual no juízo arbitral, sem que fosse necessário verificar sua capacidade civil.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, *passim*.

⁶⁰ “Esse cenário, no qual gradualmente a Arbitragem vem sendo instituída na Administração Pública, sugere certa relativização da indisponibilidade do interesse público a fim de possibilitar eventual composição de litígios com esse objeto em sede de jurisdição arbitral” (SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; GULIM, Marcello de Oliveira. Arbitragem e direito marítimo: uma breve análise à luz da arbitragem na lei dos portos (e do Decreto nº 8.465/2015). *Revista de direito aduaneiro, marítimo e portuário*, São Paulo, v. 6, n 35, p. 145-161, nov./dez. 2016). Também sobre o tema, amplamente: CARNAÚBA, César Augusto Martins. Adequação da arbitragem aos litígios envolvendo o Poder Público. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, vol. 15, n. 58, p. 7-27, abr./jun. 2018.

no direito pátrio (inclusive sobre sua constitucionalidade), a comunidade arbitralista ainda vem buscando aplicar a arbitragem em tudo que lhes parecer minimamente adequado.⁶¹ Consequência, porque as reformulações conceituais naturais da evolução de uma ciência apontam para uma resolução de litígios mais rápida, informal, sem a constante necessidade de supervisão estatal – e encontram na jurisdição arbitral uma bela oportunidade para lograr esse intento.

Parece que a orientação jurisprudencial e doutrinária caminha pela ampliação da arbitrabilidade subjetiva, passando a permitir, em casos excepcionais, que entes despersonalizados sejam parte na arbitragem. Por ora, os exemplos ainda são poucos, e restritos às hipóteses de capacidade judiciária também previstas no artigo 75 do CPC. Eventual evolução superveniente ainda depende de jurisprudência paradigmática, respaldada por vezes autorizadas na doutrina.

Acreditando que os dois exemplos acima configuram uma inclinação jurisprudencial que será seguida e amplificada, advoga-se pela possibilidade, ainda que excepcional, de que entes despersonalizados figurem como parte em processos arbitrais, analogicamente ao que acontece no bojo do Poder Judiciário.

3 Arbitrabilidade subjetiva dos fundos públicos

Fundos públicos são, como já verificado em oportunidade anterior, entes despersonalizados.⁶² Isso porque, de acordo com as lições doutrinárias a respeito, fundos públicos são sempre “reserva de receita para a aplicação determinada em lei”,⁶³ “instrumentos de gestão financeira que o Estado cria para a realização de determinados objetivos”.⁶⁴ Mesmo a letra de lei considera o fundo público apenas como “produto de receitas”.⁶⁵ Assumindo

que fundos públicos são reservas, instrumentos, sempre associados à ideia de um *patrimônio* (geralmente sob a forma de receita pública), eles se assemelham em muito à figura das universalidades de bens despersonalizadas como o estabelecimento comercial, o espólio e a massa falida.

Algumas classificações de fundos públicos extraíveis da legislação não suplantam a afirmação acima – todos eles são entes despersonalizados. Assim, por exemplo, não se observa qualquer diferença (no tocante à natureza jurídica e à existência de personalidade) entre os fundos públicos previstos pela Lei nº 4.320/1964, integrantes do orçamento público, e os fundos extraorçamentários previstos no artigo 69 da Lei nº 4.728/1965. Igualmente, não há diferença substancial entre fundos públicos de natureza contábil (que movimentam recursos somente na Conta Única do Tesouro Nacional) e fundos públicos de natureza financeira (que movimentam recursos em contas bancárias específicas).

Diferente seria, por óbvio, se se tratassem de fundos privados, que costumam adotar a figura jurídica do condomínio. Em que pese condomínio também ser ente despersonalizado, com ele o fundo público não se confunde – e justamente por ser público está submetido a regime jurídico sensivelmente diverso.

Do exposto, valendo-se da conclusão que fundos públicos são um aglomerado de bens e, nesta condição, entes despersonalizados, é possível transpor para eles todas as considerações antes feitas sobre a capacidade judiciária. Isto é: via de regra, entes despersonalizados não possuem capacidade para estar em juízo, e tampouco para figurar como parte em processo arbitral. E as exceções trazidas pelo artigo 75 do CPC não abrangem a figura do fundo público.⁶⁶

Cabe indagar, a partir disso, se as hipóteses de capacidade judiciária conferidas por construção jurisprudencial poderiam ser atribuídas também aos fundos públicos.

Como visto, a capacidade judiciária criada pelos tribunais brasileiros à revelia das expressas previsões legais depende do atendimento a dois requisitos: que o objeto da demanda seja a lesão ou a ameaça ao exercício de um direito-função constitucionalmente previsto, e que haja fundado

⁶¹ “[H]á certo tabu entre os militantes da arbitragem em criticar o instituto, provavelmente em virtude do início tortuoso, com a discussão sobre constitucionalidade, ceticismo do mercado e medo de jurisprudência negativa. Só falamos do lado bom, como se fossemos tão apaixonados que estivéssemos desconectados da realidade e ignorássemos os problemas. Isso pode, contudo, tirar-nos a credibilidade” (MUNIZ, Joaquim de Paiva. Guia politicamente incorreto da arbitragem brasileira: visão crítica de vinte anos de sucesso. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 50, p. 213-227, jul./set. 2016).

⁶² CARNAÚBA, César Augusto Martins; SIMIONATO, Marina Barrera. Fundo Nacional do Desenvolvimento Científico e Tecnológico: instrumento de auxílio à Política Nacional de Inclusão Digital. *Revista Pesquisas Jurídicas*, Natal, vol. V, n. 1, p. 19-39, fev./dez.2016.

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Finanças municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

⁶⁴ PETER, Lafayette Josué. *Direito financeiro*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

⁶⁵ Lei nº 4.320/1964: “Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização

de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.

⁶⁶ Mas elas abrangem, no inciso XI do artigo 75, a figura do condomínio, que será representado em juízo pelo seu administrador ou síndico. Daí vale concluir que fundos privados (sob a forma de condomínio) possuem capacidade judiciária. Contudo, não se pode aplicar o mesmo raciocínio ao fundo público, donde decorre ser necessário continuar a análise do presente tópico do artigo.

risco de dano à separação de Poderes e ao sistema de freios e contrapesos.

O risco de dano à separação de Poderes pode ocorrer, e nem é preciso recorrer a exemplos improváveis no cotidiano da Administração Pública para corroborar essa afirmação. É possível, exemplarmente, que o Poder Executivo elabore sua lei orçamentária anual sem prever a destinação de receitas ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT).⁶⁷ Caso preveja, é possível que o Poder Legislativo altere o projeto da lei orçamentária e veto a destinação dessas dotações ao fundo.⁶⁸ E mesmo o Poder Judiciário pode se imiscuir indevidamente nas atividades do fundo, seja por uma apreciação do mérito de ato administrativo⁶⁹ ou por comportamento ativista no controle judicial de políticas públicas.⁷⁰ O que se observa, em suma, é que a gestão de um fundo público depende de uma cooperação intensa entre os três Poderes – sem excluir outros papéis importantes como o controle externo do Tribunal de Contas e a fiscalização do Ministério Público – que fica à mercê de arbítrios e atos ímprobos volta e meia.

O outro requisito – ofensa ou ameaça a um direito-função – já não tem preenchimento tão óbvio no que tange aos fundos públicos.

Em primeiro lugar, a construção jurisprudencial anteriormente analisada construiu o raciocínio de que havia um direito-função de um órgão público em risco, mas, nesses casos, o direito-função possuía assento na Constituição do respectivo ente da federação (ou na Lei Orgânica, para o caso de municípios). Daí seria possível inferir que o direito-função cuja dano enseja a atribuição de capacidade processual a ente despersonalizado deve, necessariamente, ser reputado de hierarquia constitucional.

No exame dos fundos públicos, essa conclusão certamente levaria a uma análise casuística da questão. A Constituição Federal, por exemplo, prevê papel relevante do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB na consecução do direito fundamental à educação.⁷¹ Sem o adequado funcionamento do FUNDEB, prejudica-se a distribuição dos recursos constitucionalmente designados à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica (de cuja importância constitucional ninguém duvida), donde seria possível cogitar que uma ofensa às atividades do FUNDEB se encaixaria no requisito jurisprudencial de ofensa a um direito-função constitucional. Diferente é o quadro do já mencionado FNDCT, cuja função precípua é o estímulo à ciência, à tecnologia e à inovação. Em que pese ser competência de todos os entes federados “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação” (Constituição Federal/1988, art. 23, V), e a carta constitucional destinar um capítulo inteiro para ciência, tecnologia e inovação (artigos 218 a 219-B), não há menção alguma a um fundo que deva participar da consecução dessas atividades. Seria um pouco exagerado defender que o FNDCT possui um direito-função constitucionalmente previsto de fomento à inovação no país, se a Constituição nem ao menos a ele faz alusão.

A saída mais adequada para o FNDCT – e qualquer outro fundo público não previsto em letra constitucional – angariar capacidade processual seria defender que o direito-função pode estar previsto apenas em lei ordinária, prescindindo de previsão constitucional específica. Como visto, porém, essa alternativa ainda não encontra respaldo jurisprudencial.

Para além da discussão sobre a ofensa a um direito-função, outra perspectiva deve ser adotada na análise da questão. Isso porque, da jurisprudência construída sobre a capacidade judiciária de entes despersonalizados, vê-se a atribuição da capacidade a *órgãos* públicos. Fundo público, entretanto, *não é órgão*.

⁶⁷ Lei nº 11.540/2007: “Art. 10. Constituem receitas do FNDCT: I - as dotações consignadas na lei orçamentária anual e seus créditos adicionais”.

⁶⁸ Constituição Federal/1988: “Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum”.

⁶⁹ Conquanto excepcional, vem sendo admitida a apreciação jurisdicional do mérito administrativo, especialmente em questões como a razoabilidade e eventual desvio de finalidade do ato – dessa forma, não é impensável que haja decisões judiciais teratológicas examinando o mérito de atos de gestão do fundo público em hipóteses indevidas. Nesse sentido: STF, RE 632.852/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.04.2015, *DJe* 29.06.2015.

⁷⁰ PINTO, Éliada Graziane. Controle judicial dos orçamentos públicos em prol dos direitos fundamentais. *Consultor Jurídico*, 17 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-17/elida-pinto-control-orcamentario-prol-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 18 out. 2018.

⁷¹ “Art. 60. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições: I - a distribuição dos recursos e de responsabilidades entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, de natureza contábil”.

Órgãos públicos, via de regra, não possuem personalidade (e consequentemente não podem ser parte processual) porque a personalidade é atribuída tão somente à pessoa pública da qual o órgão faz parte – no caso de uma Assembleia Legislativa, ao Estado; no caso de Tribunal Regional Federal, à União Federal.⁷² Dessa forma, pelo princípio da imputação volitiva desenvolvido por Otto von Gierke,⁷³ imputa-se a titularidade dessa situação jurídica à pessoa, e não a um mero órgão dessa pessoa.

É dizer: o princípio da imputação volitiva e a teoria do órgão dele decorrente⁷⁴ implicam concluir que a *responsabilidade* é atribuída à pessoa pública, e não a seu órgão. Assim, a titularidade das situações jurídicas de entes despersonalizados é atribuída ao ente que tem personalidade e possui *responsabilidade* por essas situações jurídicas.

Em oportunidade anterior já abordamos a *responsabilidade* do FNDCT (que ora também vem sendo usado como exemplo).⁷⁵ Via de regra,

os recursos que compõem o fundo público – e o próprio fundo, por consequência – são geridos por um ente que a letra da lei costuma denominar como Secretaria-Executiva. Assim, no aludido caso do FNDCT, a Secretaria-Executiva é atribuída à Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP, empresa pública federal e principal agência de fomento à inovação no país.⁷⁶ A FINEP, portanto, acumula suas próprias atividades enquanto agência de fomento às atribuições de gestão do FNDCT.

Dessa forma, como dito no excerto ora transcrito, é necessário trazer à baila a concepção dualista da obrigação – entre o débito (*Schuld*) e a responsabilidade (*Haftung*) – para analisar a questão. O que se firmou é que o *Schuld* consiste no elemento patrimonial da obrigação e, numa obrigação que envolva o FNDCT, o *Schuld* certamente se aproxima mais dele do que da FINEP. Veja-se: quando a FINEP celebra contrato em nome do FNDCT, é o patrimônio do próprio fundo que será afetado a essa obrigação – o *Schuld*, então, é do fundo público.

De outro lado, a responsabilidade (*Haftung*) é o elemento que garante, à outra parte do negócio jurídico, a satisfação da obrigação. É justamente a existência de responsabilidade que permite que o ordenamento jurídico estabeleça algum mecanismo de coerção (*enforcement*) apto a proporcionar o cumprimento da obrigação pela parte inadimplente. No caso do FNDCT, a responsabilidade será imputada à sua Secretaria-Executiva – a FINEP.

⁷² E isso porque os órgãos públicos surgem mediante o específico fenômeno da *desconcentração*, que “ocorre exclusivamente dentro da estrutura de *uma mesma pessoa jurídica*. Trata-se, a desconcentração, de mera técnica administrativa de *distribuição interna de competências* de uma pessoa jurídica. Ocorre desconcentração administrativa quando uma pessoa política ou uma entidade da administração indireta distribui competências no âmbito de sua própria estrutura a fim de tornar mais ágil e eficiente a prestação dos serviços. Vale repetir, desconcentração envolve, obrigatoriamente, *uma só pessoa jurídica*” (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 29, grifos no original).

⁷³ GIERKE, Otto von. *Political theories of the Middle Age*. Tradução de Frederic William Maitland. Cambridge: Cambridge University Press, 1913, p. 22-30.

⁷⁴ “Nos termos da *teoria do órgão*, presume-se que a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio dos seus órgãos, que são partes integrantes da própria estrutura dela, de tal sorte que, quando os agentes em exercício nesses órgãos desempenham as suas funções, considera-se que está havendo atuação do próprio Estado. Assim, os atos praticados pelo agente público (pessoa natural) são tidos por atos da própria pessoa jurídica – diz-se que há *imputação* (não se trata de representação) à pessoa jurídica da atuação do seu agente público. Essa é a teoria adotada no Brasil” (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 131, grifos no original).

⁷⁵ “Faz-se necessário abrir um relevante parêntese nesse ponto, a fim de esmiuçar o estudo da gestão do FNDCT pela FINEP. Quando a empresa pública, no exercício da gestão do fundo, contrata, esse negócio jurídico possui duas faces diversas no que tange à busca pelo adimplemento da obrigação: o *débito* e a *responsabilidade* (respectivamente, *Schuld* e *Haftung*, conforme nos ensina a doutrina alemã). Enquanto essa última se entende como um comportamento ligado à vontade do credor, o débito possui natureza eminentemente patrimonial (VENOSA, 2013). Embora os dois elementos normalmente coexistam no liame obrigacional, a responsabilidade costumeiramente aparece no advento do inadimplemento. Caso a prestação não seja cumprida – seja ela de dar, fazer ou prestar – o credor se vale do princípio da responsabilidade para exigir da outra parte do negócio o adimplemento. Isto é, diversamente do débito, a responsabilidade possui um caráter coercitivo, que atua como meio de garantir o efetivo cumprimento da obrigação. Ao passo que o débito se situa no campo da vontade do devedor, a responsabilidade é a garantia de satisfação do credor no caso de o primeiro falhar (PEREIRA, 2013). [...] Assim,

o agente que possui o débito tem o dever de realizar a prestação determinada no contrato, mas apenas o detentor da responsabilidade é obrigado a garantir o referido adimplemento. Aceitando que o patrimônio afetado pelo contrato seja o do FNDCT, e não o da FINEP, infere-se uma vez mais que o fundo não se obriga, apesar de estar localizado na região do *Schuld* do liame obrigacional. É importante atentar para o fato de que débito e responsabilidade não necessariamente caminham juntos. O exemplo classicamente utilizado para esclarecer esse ponto é o contrato de fiança: nele, enquanto a *Haftung* é do fiador, o *Schuld* é do afiançado. Com isso, depreende-se que a responsabilidade não se verifica *a priori* no liame obrigacional. [...] Ora, no caso em comento, resta lógico entender que, conquanto a FINEP seja a titular das obrigações contraídas em nome do FNDCT, é o patrimônio do fundo – ou mesmo o próprio fundo, que é por si só o patrimônio – que figura no negócio jurídico. É de suma importância ressaltar que, nas hipóteses de inadimplemento, mora, novação contratual e quaisquer outras alterações no decorrer da obrigação, o patrimônio do fundo que é afetado” (CARNAÚBA, César Augusto Martins; SIMIONATO, Marina Barrera. Fundo Nacional do Desenvolvimento Científico e Tecnológico: instrumento de auxílio à Política Nacional de Inclusão Digital. *Revista Pesquisas Jurídicas*, Natal, vol. V, n. 1, p. 19-39, fev./dez. 2016).

⁷⁶ Lei nº 11.540/2007: “Art. 7º A Financiadora de Estudos e Projetos - FINEP exercerá a função de Secretaria-Executiva do FNDCT, cabendo-lhe praticar todos os atos de natureza técnica, administrativa, financeira e contábil necessários à gestão do FNDCT”.

A imputação da responsabilidade do fundo público à sua Secretaria-Executiva se assemelha à imputação volitiva de Gierke, na medida em que o *Haftung* da obrigação, por não poder ser imputado a um ente despersonalizado (que não pode ser titular de direitos ou deveres), é imputado a um ente que possui personalidade e responde pelas obrigações do ente despersonalizado. Assim, tal como a *Haftung* do órgão público é imputada à pessoa pública a que pertence, a *Haftung* do fundo público é imputada à pessoa jurídica responsável pela gestão de seus recursos. E a *Haftung* é atribuída tanto para situações jurídicas ativas quanto passivas, porque o ente despersonalizado não é sujeito de direitos e tampouco de deveres: a pessoa com *Haftung* é a responsável pelo adimplemento das obrigações do ente despersonalizado, e também é responsável por exigir da parte adversa o cumprimento das obrigações avençadas.

Assumindo, portanto, que é possível imputar a responsabilidade por uma determinada situação jurídica a uma pessoa jurídica que exerça a função de gestão do fundo público, não é um salto muito grande assumir que essa imputação pode ser realizada no plano processual. Isto é: tal como a capacidade processual do órgão público é ordinariamente atribuída à pessoa jurídica a que pertence – porque ela possui *Haftung* pelas obrigações de seu órgão – a capacidade processual de um fundo público poderia ser atribuída a sua Secretaria-Executiva – porque ela também possui *Haftung* pelas obrigações desse fundo.

In casu, a capacidade processual do FNDCT poderia ser atribuída à FINEP, sua Secretaria-Executiva, que é empresa pública submetida a regime jurídico de direito privado e pode perfeitamente ser parte num processo arbitral.

À guisa de conclusão parcial, a arbitrabilidade subjetiva dos fundos públicos pode ser alcançada por dois caminhos. O primeiro, mais tortuoso, depende de um alargamento da construção jurisprudencial: que a noção de lesão ou ameaça a um direito-função não precise ter fundamento constitucional, mas tão somente legal. Se isso for feito, qualquer fundo público (com suas atribuições previstas em Constituição ou lei ordinária) poderá lograr capacidade judiciária, atendidos os requisitos da jurisprudência. E a arbitragem, que também admite entes despersonalizados como partes no processo arbitral, pode muito bem seguir o mesmo caminho dos tribunais judiciais e admitir essa relação jurídico-processual. Já o segundo caminho, mais simples, parte das noções de imputação volitiva e dualidade da obrigação (*Schuld* e *Haftung*) para concluir que a Secretaria-Executiva de um fundo público pode ser

parte num processo arbitral, porque ela possui a responsabilidade sobre os débitos desse fundo. Na prática, essa segunda alternativa parece mais consentânea com os temas já pacificados sobre arbitrabilidade, e pode lograr exatamente os mesmos efeitos que lograria se fosse o próprio fundo na condição de parte na arbitragem.

Conclusão

A arbitragem envolvendo a Administração Pública já é uma realidade no cenário brasileiro, mas ainda é necessário continuar os estudos sobre os detalhes que envolvem essa prática. Contudo, apesar de alguns temas já terem sido exaustivamente destrinchados pela doutrina, outros remanescem pouco examinados, como é o caso da arbitrabilidade subjetiva. Isso porque, na conformação da Administração Pública, existe uma multiplicidade de entes com naturezas jurídicas diversas, e entre eles alguns não dotados de personalidade jurídica. Em razão disso, este trabalho procurou analisar a possibilidade de fundos públicos serem parte num processo arbitral.

Entes despersonalizados, via de regra, não possuem capacidade processual – porque a capacidade para estar em juízo (CPC, art. 70) e a capacidade de estar em juízo arbitral (LArb, art. 1º) são atribuídas a *pessoas*, sujeitos de direitos e deveres. Excepcionalmente, o CPC atribui essa capacidade a alguns entes despersonalizados (CPC, art. 75), com o que se passou a chamar *capacidade judiciária*. Aliadas às exceções previstas em lei, a jurisprudência brasileira passou a conferir a capacidade judiciária a órgãos públicos (entes despersonalizados), caso se verificasse que (i) existe lesão ou ameaça ao exercício de um direito-função constitucionalmente previsto, e (ii) risco de lesão à separação dos Poderes.

A capacidade judiciária de entes despersonalizados, conquanto seja medida excepcional do ordenamento jurídico, pode ser transplantada sem maiores mudanças do processo judicial para o campo da arbitragem – a jurisprudência já mostra que isso é uma realidade, e a comunidade jurídica já aprendeu a trabalhar com esses casos. Se a massa falida e o espólio já são partes em processos arbitrais, não parece haver óbice a sociedades irregulares ou órgãos públicos apenas porque não possuem personalidade.

No que tange ao problema específico dos fundos públicos, que também são entes despersonalizados, consigna-se que não existe previsão legal para figurarem como parte processual, seja em processo judicial ou arbitral. Adaptar a construção jurisprudencial de capacidade judiciária

dos órgãos públicos aos fundos públicos talvez seja possível com a evolução a longo prazo dessa mesma jurisprudência. Para tanto, contudo, seria necessário ao menos admitir que a alegação de lesão ou ameaça a um direito-função pudesse ter fundamentação em lei ordinária (e não apenas em norma constitucional).

A melhor alternativa para enfrentar a questão consiste em partir da concepção dualista das obrigações (débito e responsabilidade). Isso porque o fundo público se associa ao débito (*Schuld*), que é o elemento patrimonial da obrigação – e o fundo nada mais é do que um aglomerado de bens. A responsabilidade (*Haftung*) por essa obrigação é imputada à Secretaria-Executiva dos fundos públicos, que será titular da situação jurídica em exame. Dessa maneira, analogamente a como o princípio da imputação volitiva impõe que a pessoa jurídica a que um órgão público esteja vinculado seja responsável por suas situações jurídicas, a imputação da *Haftung* à Secretaria-Executiva faz com que ela seja responsável pelas situações jurídicas do fundo público – inclusive no plano processual.

Assim, tal como a pessoa pública a que o órgão público se vincula possui capacidade processual (mesmo quando a obrigação é do seu órgão), a Secretaria-Executiva possui capacidade processual para ser parte nos processos em que se discuta obrigações cujo débito (*Schuld*) esteja associado ao fundo público por cuja gestão ela é responsável. E, como dito, a capacidade judiciária segue a mesma lógica no Poder Judiciário e no juízo arbitral, razão pela qual é possível concluir que, em que pese os fundos públicos *não possuam* capacidade processual, é plenamente possível que suas Secretarias-Executivas sejam parte num processo arbitral que discuta uma obrigação contraída pelo fundo.

Subjective arbitrability of public funds

Abstract: This article intends to analyze the subjective arbitrability issue from the perspective of the depersonalized entities theory, in order to verify the possibility of public funds being parties in an arbitral proceeding. At first, we examine the subjective arbitrability from what is written in the Brazilian Arbitration Act (Law 9.307/1996), as well as the arbitrability of Public Sector conflicts. Henceforth, we study the procedural capacity of depersonalized entities. At last, we discuss the possibility of public funds (which are depersonalized entities) being parties in an arbitral proceeding.

Keywords: Administrative law. Procedural law. Arbitration. Depersonalized entities. Public funds.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 13, p. 16-29, abr./jun. 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 33-46.

CARNAÚBA, César Augusto Martins. Adequação da arbitragem aos litígios envolvendo o Poder Público. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, vol. 15, n. 58, p. 7-27, abr./jun. 2018.

_____; SIMIONATO, Marina Barrera. Fundo Nacional do Desenvolvimento Científico e Tecnológico: instrumento de auxílio à Política Nacional de Inclusão Digital. *Revista Pesquisas Jurídicas*, Natal, vol. V, n. 1, p. 19-39, fev./dez.2016.

_____; VASCONCELOS, Ronaldo. Arbitragem e insolvência. In: MALUF, Fernando et al. (Coord.). *Análise prática das câmaras arbitrais e da arbitragem no Brasil*. No prelo, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Personalidade judiciária de órgãos públicos. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 160-168, 2002.

COSTA, Guilherme Recena. *Partes e terceiros na arbitragem*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 293p. 2015.

DECCACHE, Antonio. Convenção de arbitragem, recuperação judicial e falência. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, vol. 19, p. 163-182, out. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

GIERKE, Otto von. *Political theories of the Middle Age*. Tradução de Frederic William Maitland. Cambridge: Cambridge University Press, 1913.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.

LEAL, Victor Nunes. Câmara de vereadores – capacidade processual – mandado de segurança. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 46-65, jan./mar. 1949.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Finanças municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem e falência. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 763-792.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Guia politicamente incorreto da arbitragem brasileira: visão crítica de vinte anos de sucesso. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 50, p. 213-227, jul./set. 2016.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Distinção entre "personalidade" e "direito geral de personalidade". *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 60, p. 127-132, out./dez. 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

PETTER, Lafayete Josué. *Direito financeiro*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

PINTO, Élda Graziane. Controle judicial dos orçamentos públicos em prol dos direitos fundamentais. *Consultor Jurídico*, 17 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br>>.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. XV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PUCCI, Adriana Noemi. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 339-350.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Administração Pública: Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de arbitragem, mediação e conciliação*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. Capacidade processual de entes despersonalizados. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 56, p. 202-207, out./dez. 1989.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Org.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 273-287.

SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; GULIM, Marcello de Oliveira. Arbitragem e direito marítimo: uma breve análise à luz da arbitragem na Lei dos portos (e do Decreto nº 8.465/2015). *Revista de direito aduaneiro, marítimo e portuário*, São Paulo, v. 6, n 35, p. 145-161, nov./dez. 2016.

WALD, Arnaldo; BORJA, Ana Gerdau de. Arbitragem envolvendo entes estatais: a evolução da jurisprudência e a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Org.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 105-132.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARNAÚBA, César Augusto Martins. Arbitrabilidade subjetiva de fundos públicos. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 18, n. 214, p. 17-32, dez. 2018.
