

Do Estado na Arbitragem Privada

Autor: José Carlos de Magalhães

NOTA INTRODUTÓRIA

O trabalho ora comentado se insere em uma longa lista de publicações do Professor José Carlos de Magalhães nas áreas de arbitragem e direito internacional. Publicado originalmente em 1984, na Revista de Direito Público, vol. 71, o artigo é importante por diversos motivos.

Em primeiro lugar, a sua releitura ajuda a compreender porque o autor é um dos mais requisitados e respeitados arbitralistas do nosso tempo. Ele está entre os primeiros que se debruçaram e escreveram sobre o instituto da arbitragem no Brasil e que, com isso, contribuíram decisivamente para a ampla aceitação com que esta forma de solução de controvérsias conta atualmente no Brasil.

Em segundo lugar, o artigo é um exemplo da conjugação, presente constantemente na obra do Professor Magalhães, entre a arbitragem e as relações econômicas internacionais de que o Brasil participa. Isto faz com que esteja igualmente entre os precursores no Brasil em temas de arbitragem internacional.

Fazem prova dessa preocupação com os aspectos internacionais da solução de controvérsias seus artigos sobre acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos, *lex mercatoria*, controle pelo Estado da atividade internacional das empresas privadas, cláusula arbitral nos contratos internacionais, além dos livros sobre solução e prevenção de litígios internacionais, organizados em parceria com a saudosa Professora Araminta de Azevedo Mercadante¹.

Em terceiro lugar, o artigo lança um olhar sobre a participação do Estado em disputas arbitrais e as condições em que isto é juridicamente possível. Apesar de a análise ter como referência o panorama legislativo vigente à época, trata-se de matéria que continua sendo objeto de muita discussão e, não raro, controvérsia. Este tema já havia sido objeto de estudo do Professor Magalhães no doutorado, cujo título foi obtido em 1982 com uma tese sobre “Arbitragem entre Estado e particular”.

Neste terceiro aspecto reside a grande contribuição dada por este trabalho. Ele ajuda a compreender as difíceis questões envolvidas na determinação sobre em que hipóteses se pode admitir a arbitragem como forma de solução de controvérsias entre o Estado e os agentes privados.

1 Para uma lista completa e referências dessas obras, ver *currículo lattes* do Professor Magalhães. Disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/3756997395982734>>.

O ponto de partida do artigo é a constatação de que, para atrair investimentos estrangeiros, os Governos de países menos desenvolvidos deparavam-se com a necessidade de outorgar garantias, principalmente sob a forma de três cláusulas contratuais: duas que tinham relação com as normas que regeriam as obrigações assumidas pelos Estados – cláusula de direito aplicável e cláusula de estabilização legislativa – e uma relacionada à forma de solução de controvérsias – cláusula compromissória –, na qual o artigo se concentra.

Nos itens 2, 3 e 4, o trabalho trata das diferentes visões sobre a natureza jurídica da arbitragem (obrigação contratual, forma de jurisdição ou uma conjugação de ambas) para, em seguida, tratar, no item 5, da “capacidade” do Estado de firmar compromisso arbitral.

Trata-se, aqui, de verificar a possibilidade jurídica de os entes estatais aceitarem a sujeição à arbitragem como forma de solução de controvérsias. Portanto, a preocupação central é estabelecer se a decisão de um ente estatal de se submeter à arbitragem é vinculante, a ponto de esta obrigação ser executável e eventual decisão arbitral ser considerada válida. Obviamente, a resposta depende das normas de direito interno e/ou direito internacional que cada país adota ou às quais adere e da forma como são interpretadas pelo Poder Judiciário.

Para esboçar respostas que pudessem se aplicar ao caso brasileiro, o artigo recorre ao direito comparado para mostrar as diferentes posições adotadas por outros países.

A partir de jurisprudência francesa, o artigo chama a atenção para algumas distinções possíveis na definição sobre as hipóteses em que a sujeição do Estado à arbitragem é juridicamente vinculante. A primeira é entre arbitragem interna e arbitragem em contratos internacionais. Ainda que se admitisse a impossibilidade da adesão do Estado à arbitragem na ordem interna, isto seria possível na ordem internacional em função dos usos e costumes internacionais e da boa-fé nas relações internacionais.

Uma segunda distinção tem a ver com o objeto da relação jurídica. Em se tratando de relação de direito público, em que o Estado atua preponderantemente como agente político, não haveria possibilidade de sujeição do Estado à arbitragem. Por outro lado, se o Estado estiver atuando na esfera privada, em relação de direito privado, o recurso à arbitragem seria possível.

À luz destes elementos, o item 6 analisa a capacidade do Estado brasileiro de se sujeitar à arbitragem.

A análise está fundada em decisão do Supremo Tribunal Federal em ação na qual se debatia a validade de decisão arbitral em controvérsia entre a União e os agentes privados. Confirmando decisão anterior do então Tribunal Federal de Recursos, o STF reconheceu, por unanimidade, a validade do compromisso arbitral firmado pela União em relações de direito privado, excetuando as relações em que age como “Poder Público” e que não podem ser objeto de transação.

Além disso, o artigo menciona a autorização prevista no Decreto-Lei nº 1.312, de 1974, que permite ao Tesouro Nacional firmar contratos na esfera internacional contendo cláusula arbitral². Com isso, conclui que se reconhecia à época a plena capacidade do Estado brasileiro de se submeter tanto à arbitragem interna quanto à arbitragem internacional.

A partir daí, o autor procura compatibilizar essa conclusão com a determinação legal vigente à época, de que é cláusula essencial dos contratos administrativos com pessoas naturais ou jurídicas domiciliadas no exterior “a cláusula que declara competente o foro nacional brasileiro para dirimir quaisquer questões judiciais originadas dos mesmos contratos”. Ou seja, trata-se de verificar como conciliar a autorização para submissão à arbitragem com um dos atributos da soberania, que é a imunidade de jurisdição (entendida como a impossibilidade de sujeição do Estado brasileiro à jurisdição de outros países contra a sua vontade expressa).

A resposta é de que a previsão legal, que previa a exclusividade do Poder Judiciário brasileiro para analisar ações em que o Estado brasileiro fosse parte, está restrita aos contratos administrativos, em que o Estado atua como ente político, sob as normas de direito público. Já em relações de direito privado valeria a autorização para sujeição à arbitragem.

Em suma, o artigo defendia com convicção e competência a possibilidade de o Estado brasileiro firmar cláusulas arbitrais e a validade de tais cláusulas à luz das regras vigentes à época. Tratava-se, sem dúvida, de uma posição avançada, fundada nas vantagens que a arbitragem trazia, inclusive para o Estado, enquanto forma de solução de controvérsias e das quais o autor sempre foi um grande conhecedor.

Por fim, é interessante verificar como evoluiu a posição do Estado brasileiro em relação a este tema desde então. Em grande parte, as opções feitas evoluíram em linha com o que era propugnado no artigo. Em função do reconhecimento das vantagens do instituto da arbitragem, inclusive no que se refere à atração de investimentos, passou-se a admitir a possibilidade de adoção de cláusulas arbitrais mesmo nos chamados contratos administrativos, em uma clara evolução em relação ao cenário retratado no artigo.

Neste sentido, foi incorporada, em 2005, à Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995) a possibilidade de adoção de cláusulas arbitrais nos seguintes termos:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, in-

2 O art. 11 do Decreto-Lei nº 1.312, de 15.02.1974, estabelece: “O Tesouro Nacional contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro poderá aceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos”.

clusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Também a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) instituiu a possibilidade de inclusão de cláusula arbitral nos seguintes termos:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

[...]

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Além disso, a jurisprudência dos Tribunais brasileiros tem confirmado em diversas ocasiões a validade das cláusulas arbitrais firmadas por empresas públicas, autarquias e outros entes estatais.

Por outro lado, na esfera internacional, o Brasil não aceitou, até o momento, a sujeição à arbitragem investidor-Estado no âmbito de acordos internacionais de promoção e proteção de investimentos. Apesar de ter firmado acordos do tipo na década de 1990, que previam a possibilidade deste tipo de arbitragem entre o Estado brasileiro e os investidores estrangeiros, o Brasil decidiu por não incorporar estes acordos ao seu ordenamento jurídico. Um dos motivos dessa resistência é justamente a percepção de que não é conveniente ou mesmo compatível com a Constituição que o Estado brasileiro se submeta à arbitragem internacional nestes casos.

Em outras áreas das relações econômicas internacionais, em especial na área financeira, a sujeição à arbitragem internacional perdeu relevância pelo fato de ter diminuído muito o recurso pelo Governo brasileiro a financiamento externo, uma vez que grande parte da dívida pública brasileira é interna. Já, na área comercial, o Brasil aderiu e tem tirado bastante proveito do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC), que, apesar de envolver apenas disputas entre Estados, apresenta algumas semelhanças com a arbitragem internacional.

Portanto, a história recente mostra a ampliação da aceitação do envolvimento do Estado brasileiro em arbitragens internas, sem prejuízo da imunidade de jurisdição, confirmando em grandes linhas o acerto da visão favorável a esta forma de solução de controvérsias defendida no artigo. Por outro lado, e por paradoxal que possa parecer, verificou-se a limitação da sujeição do Estado brasileiro à arbitragem internacional para dirimir conflitos com agentes privados. No entanto, isto está provavelmente associado mais às ressalvas que se tem em relação a um sistema específico de arbitragem internacional – cláusulas

investidor-Estado em acordo de proteção de investimentos – do que a uma visão negativa acerca do instituto da arbitragem.

RABIH A. NASSER

Professor de Direito do Comércio Internacional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV), Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP, Sócio de Nasser Sociedade de Advogados.

ARTIGO

1 DA CLÁUSULA ARBITRAL NOS CONTRATOS COM O ESTADO

A posição política que anima principalmente os juristas e mesmo os políticos dos países menos desenvolvidos não afasta o interesse desses mesmos países em atrair investimentos estrangeiros para seus grandes projetos. Se, de um lado, há o desejo de preservar a independência política, de outro, há o reconhecimento de que a independência econômica e tecnológica não foi conseguida e que é necessário contar com capitais e técnicas dos investidores estrangeiros. As garantias que estes postulam, nos ajustes de desenvolvimento que realizam com Estados, para acautelarem-se basicamente dos riscos de nacionalizações e modificações legislativas, fizeram surgir complexo sistema, ancorado em três pontos fundamentais³:

- cláusula de direito aplicável;
- cláusula de estabilização legislativa;
- cláusula compromissória.

Pela cláusula de direito aplicável, determina-se a lei reguladora do contrato, subordinando-se, por vezes, a relação ajustada a princípios gerais de direito, ou, ainda, a normas do organismo internacional que discipline o objeto do contrato.

A cláusula de estabilização legislativa, embora de efeito prático limitado, refere-se à intenção das partes de evitar dúvidas sobre a aplicação de leis editadas *a posteriori* pelo Estado e que venham a afetar o cumprimento das obrigações reguladas no contrato. A previsão desta cláusula, imaginada como meio eficaz de coarctar o poder de império do Estado, em seu próprio território, na verdade mostrou-se de pouca eficácia e passou a ser recusada nos contratos econômicos firmados com países não industrializados.

3 JEAN-FLAVIEN LALIVE, "Un Grand Arbitrage (Pétrolier entre un Gouvernement et deux Sociétés Privées Étrangères)", in *Journal de Droit International*, 1947, vol. 2, p. 321.

Tanto a cláusula de direito aplicável, como a de estabilização legislativa referem-se ao direito material regulador das obrigações pactuadas.

A cláusula compromissória, por sua vez, objetiva assegurar a imparcialidade na resolução de controvérsias, constituindo garantia que o próprio Estado está interessado em prover. Daí a observação oportuna de Prosper Weil⁴:

“A submissão do contrato ao direito interno e aos juízes nacionais, não obstante não evite sejam acionados mecanismos internacionais, como a proteção diplomática, não assegura garantia suficiente ao contratante. Essa proteção, no entanto, é necessária e o próprio Estado está interessado em concedê-la, como forma de garantir fluxo de investimentos estrangeiros e acordos de desenvolvimento. Há, portanto, tendência à liberalização das relações contratuais, com a caracterização da igualdade jurídica das partes, predispondo-as a aceitar normas internacionais e a submissão de litígios à arbitragem internacional”.

A admissão pelo Estado de cláusula arbitral pela qual se obriga a dirimir eventuais disputas com o particular por meio de arbitragem significa a renúncia à processualidade estatal no entendimento de Pontes de Miranda⁵.

F. A. Mann, por sua vez, sustentou que, ao admitir a cláusula arbitral, em contrato de que participe, o Estado assume a característica de entidade privada e, assim, se sujeita à jurisdição de outro Estado, pois a arbitragem privada está sempre regulada por uma lei nacional, salvo no caso especial e único da Convenção sobre Solução de Litígios sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, sob os auspícios do BIRD⁶.

2 DA ARBITRAGEM COMO OBRIGAÇÃO CONTRATUAL

Há, aqui, de se indagar da natureza da arbitragem. Constitui ela uma obrigação contratual, acordada entre partes juridicamente iguais, ou possui conotação jurisdicional, por criar uma jurisdição nova e diversa da do Estado?

A cláusula compromissória ou o compromisso, ao instituírem a arbitragem, fazem nascer uma jurisdição privada, conferindo aos árbitros o poder e autoridade para julgar determinado litígio, nascido da relação obrigacional disciplinada no contrato. Enquanto que os juízes possuem jurisdição, ou seja, autoridade para declarar o Direito, conferida pela Constituição e pelas leis, enfim, pela comunidade, os árbitros a adquirem pela vontade das partes. São estas que, consensualmente, renunciando à autoridade jurisdicional dos juízes, criam a competência dos árbitros.

4 “Contrats entre Etats et Particulier”, *Recueil des Cours*, vol. 128, p. 101.

5 “Tratado de Direito Privado”, vol. 26/32, p. 3.121.

6 F. A. MANN, “State Contracts and International Arbitration” in *Studies in International Law*, p. 257.

Ao examinar a lei aplicável à arbitragem, como um todo, a doutrina contraverte. Segundo a concepção contratualista, a convenção de arbitragem e a sentença arbitral formam um só todo integrado. A convenção das partes é a base de uma pirâmide da qual o laudo é o topo, formando um complexo de atos indissociáveis, que compreende a convenção, o processo arbitral e o laudo. Assim, a decisão complementa e integra a convenção arbitral, instrumento principal que expressa a vontade das partes e delimita a autoridade dos árbitros nomeados. Essa concepção, defendida por Balladore-Pallieri e por Klein, foi consagrada, na França, na decisão do caso *Roses*, em 27 de julho de 1937, em que a Corte de Cassação afirmou que

“As sentenças que têm por base um compromisso a ele se integram e participam de sua característica convencional”.⁷

Admitindo-se a arbitragem como simples obrigação contratual, os seus efeitos confundem-se com os das obrigações, possibilitando as exceções todas do direito contratual.

3 DA ARBITRAGEM COMO JURISDIÇÃO

Contudo, há os que sustentam que o centro de gravitação da arbitragem está no laudo arbitral, que possui características de julgamento judiciário. O árbitro decide como juiz e sua autoridade, em relação ao litígio submetido à sua decisão, é similar à do magistrado. Ambos possuem a mesma jurisdição, entendida esta como autoridade para declarar o Direito, com a diferença de que a do juiz é conferida pela comunidade, pela Constituição e a do árbitro pelas partes, pela convenção arbitral.

Essa tese publicista da arbitragem não nega que ela repousa em convenção arbitral, mas sustenta que, firmada esta, nascida a jurisdição dos árbitros, emerge o caráter jurisdicional preponderante da arbitragem. O compromisso seria um contrato especial de direito público, instituindo normas de processo.

Defendida por Lainé⁸ no começo do século, essa doutrina foi abandonada, tendo em vista, basicamente, o interesse em favorecer a homologação das arbitragens estrangeiras.

4 DA ARBITRAGEM COMO INSTITUTO *SUI GENERIS*

A doutrina moderna concilia as duas tendências anteriores, vendo na arbitragem uma instituição *sui generis*, de natureza híbrida, que nasce da vontade das partes e, portanto, de caráter obrigacional e regula a relação de direito

7 PIERRE LALIVE, “L'Arbitrage International Privé”, *Recueil des Cours*, 1967, v. 120, p. 584.

8 Cf. Philippe Fouchard, “L'Arbitrage Commercial International”, Dalloz, p. 8.

processual, de natureza pública. Assim, a convenção arbitral seria, na verdade, contrato privado que disciplina matéria de direito público, que interessa à ordem pública, nacional ou internacional, à medida que se destina a compor controvérsia que, mesmo entre particulares, afeta essa ordem pública.

Essa doutrina é, atualmente, defendida sobretudo por Pierre Lalive⁹ e Philippe Fouchard¹⁰ e contou com o prestígio do Instituto de Direito Internacional, representado pelo Professor Sauser-Hall¹¹.

O exame da natureza da arbitragem é importante quando se defronta com a participação do Estado na arbitragem privada e as consequências que disso advêm.

5 DA CAPACIDADE DO ESTADO DE FIRMAR COMPROMISSO ARBITRAL

Com efeito, admitido o caráter convencional ou institucional da arbitragem, há de se cogitar das normas que regulam a submissão do Estado à arbitragem privada, certo como é que há Estados cujas leis proíbem sua participação no processo arbitral. É o caso da França, onde os arts. 83 e 1.009 do Código de Processo Civil vedam expressamente às entidades públicas firmarem contratos, nos quais se estabeleça a arbitragem como meio de solução de litígios. Em tal situação, somente o judiciário pode examinar controvérsias envolvendo o Estado. Em se tratando de contrato internacional, aquela restrição não se aplica, pois a Corte de Cassação, ao decidir o caso Galakis, afirmou que a proibição se refere apenas às arbitragens internas e é inaplicável aos contratos internacionais.

Essa orientação da jurisprudência francesa firmou-se com a decisão de 10 de abril de 1957, referente ao caso *Myrtoon Steam Ship*, cujos fatos podem ser assim resumidos: o Estado francês, por intermédio de uma missão de transportes marítimos em Londres, afretou, em 1940, certo número de cargas, para serem transportadas à França, firmando cartas-partidas que continham cláusula compromissória. Surgindo controvérsia sobre um dos contratos, o armador provocou a instauração da arbitragem em Londres, em consonância com a cláusula arbitral, obtendo ganho de causa. A França, recusando-se a participar da arbitragem, opôs-se ao processo homologatório da sentença arbitral, perante seus tribunais, sob a alegação de que seus representantes não teriam recebido poderes para firmar compromisso e, sobretudo, porque a cláusula arbitral seria nula, em face da incapacidade do Estado francês em se comprometer.

A Corte de Paris, ao decidir a questão da capacidade, declarou que:

9 PIERRE LALIVE – *Nota 5*, p. 584.

10 PHILIPPE FOUCARD – *Nota 6*, p. 8.

11 Cf. Fouchard, *Nota 6*, p. 9.

“proibição (feita ao Estado de se comprometer) é limitada aos contratos de ordem interna e não tem aplicação às convenções de caráter internacional”.¹²

Essa decisão provocou inúmeros comentários e controvérsias na doutrina francesa, que submeteu os argumentos da Corte aos rigores da lógica cartesiana. Às falhas de argumentação nela contidas, notadamente sobre a lei aplicável à determinação da capacidade de contratar, que levaria à conclusão da aplicação da lei francesa – e, portanto, da prevalência da proibição de o Estado comprometer-se – sobrepõem-se considerações sobre a distinção entre ordem interna e ordem internacional, para justificar tratamento diverso aos contratos internacionais.

Ao comentar a sentença, sustentou Motulsky que a questão primordial no litígio foi a da interdição feita ao Estado francês de se comprometer, regra essa não prevista no direito inglês ou no alemão, tratando-se, pois, de norma peculiar ao direito francês¹³. Ademais, o comportamento do Estado aceitando firmar contrato contendo cláusula arbitral e, posteriormente, recusando-se a participar da arbitragem, sob o fundamento de que seu direito interno não o permite, é contraditório.

Ao admitir a validade da cláusula compromissória, acordada pelo Estado francês, apesar da norma expressa no Código de Processo Civil, a Corte de Paris reconheceu a existência do uso e costume internacional, que confere plena validade e eficácia à cláusula compromissória e a conseqüente capacidade do Estado de se comprometer. Esta é a conclusão de Philippe Fouchard, como se depreende das indagações que faz a propósito da decisão, da qual destaca, para sustentar sua opinião, o seguinte tópico:

“il serait contraire aux intérêts de l’Etat de défendre à les représentants d’accepter un mode de règlement de ses différends conforme aux usages du commerce international, alors que son refus entraînerait souvent la rupture des pourparlers engagés”.¹⁴

Este é, na verdade, o cerne da questão. O contratante privado estrangeiro, ao condicionar a celebração do contrato, à inserção de cláusula arbitral, assume postura clara e de franca oposição à submissão de eventuais litígios à jurisdição interna do Estadoparte. Se este aceita essa condição, não lhe cabe, ulteriormente, invocar norma interna, em total contradição com o acordado.

O princípio da boa fé que rege as relações internacionais – e que, de resto, está na base de todo contrato – torna-se fundamentalmente afetado. Motulsky chegou a sugerir que, ignorando o contratante estrangeiro a incapacidade do Estado, inscrita em norma de direito interno, e sendo escusável essa

12 PHILIPPE FOUCARD, *Nota 6*, p. 94.

13 HENRY MOTULSKY, “Écrits – Études et Notes Sur L’Arbitrage”, Dalloz, 1974, p. 366.

14 PHILIPPE FOUCARD, *Nota 6*, p. 101.

ignorância, haveria de se considerar válida a submissão do Estado e plena sua capacidade¹⁵. Há de prevalecer a boa fé das partes.

Essa decisão, não obstante peculiar ao direito francês, teve repercussão pela questão levantada. A incapacidade do Estado de praticar certos atos, na ordem interna, regida pelo direito nacional e, portanto, restrita a fatos e relações circunscritas ao território do Estado, não se estende à ordem internacional, sujeita a usos e costumes internacionais e, por que não dizê-lo, ao direito internacional.

Por outro lado, a capacidade de o Estado submeter-se à arbitragem deve ser examinada não apenas em face dos participantes da relação ajustada, mas, mormente, do objeto dessa relação jurídica. Se o Estado, parte no contrato, obriga-se numa relação de direito público, regida pelo direito administrativo, em que prepondera o poder político do Estado, em sua condição de organização política da comunidade nacional, a incapacidade decorre da própria natureza do ato. Nos contratos administrativos, fundados no direito público, não há como deixar o Estado de impor, ao contratante privado, a exclusividade da jurisdição pública do próprio Estado. As autoridades que agem pelo Estado estão adstritas à organização judiciária da comunidade e os ajustes celebrados interessam à ordem pública interna do Estado. A matéria não é arbitrável, porque não passível, igualmente, de transação.

Já o mesmo não ocorre quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública e política da comunidade nacional e pratica ato de natureza privada, situado na ordem privada e franqueado aos particulares. Neste caso, o Estado equipara-se ao particular, pois a relação ajustada rege-se não pelo direito público, mas sim pelo privado. Não há contrato administrativo, mas há o de natureza comercial. O Estado poderia ser substituído por um particular no pólo passivo ou ativo da relação ajustada, e nada se alteraria. Daí ser admissível a cláusula arbitral, salvo se o Estado fosse incapaz também de contratar. Afastada essa premissa, ou seja, reconhecido ao Estado o direito de contratar, na órbita privada, isto é, fora das normas do direito administrativo, a consequência natural será admitir-se sua plena capacidade para comprometer-se. A convenção arbitral, quer se revista na forma de cláusula arbitral, quer de compromisso, constitui relação de direito público, regida pelo direito privado.

Nesse quadro, é preciso ter em mente que o Estado liberal – concebido como organização da comunidade nacional, sem nela interferir ativamente, senão como defensor de princípios perseguidos pela comunidade, ou como simples Estado policial – atuava estritamente na esfera do direito público. Daí por que se editou interdição geral às pessoas de direito público de se submeter

15 HENRY MOTULSKY, *Nota 11*, p. 368.

à arbitragem, salvo autorização especial, como ocorreu na Grécia, Estados Unidos, Bélgica e França¹⁶.

Nos países de economia planificada, ao contrário, a arbitragem constitui o mecanismo preferido para dirimir litígios, mesmo tendo como partes organismos públicos. Esse contraste faz ressaltar o cerne da questão. É que nestes, tratando-se de matéria subordinada ao direito privado, sempre se reconheceu capacidade de as entidades públicas resolverem controvérsias por arbitragem. Naqueles, somente quando se constatou a efetiva intervenção do Estado na ordem econômica e sua atuação como comerciante, ou agindo como entidade privada, realizando ajustes como se particular fosse, é que se questionou a capacidade de se comprometer o Estado. E a confusão emergiu da circunstância de, anteriormente, o Estado agir apenas na esfera do direito administrativo, em que as relações são indisponíveis e subordinadas ao direito público.

6 DA CAPACIDADE DO ESTADO BRASILEIRO PARA FIRMAR CONVENÇÃO ARBITRAL

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal enfocou a matéria de forma admirável, ao decidir o chamado caso da Organização Lage¹⁷. Os fatos podem ser assim resumidos: a União Federal, pelo Decreto-Lei nº 4.648, de 2 de setembro de 1942, incorporou ao Patrimônio Nacional os bens e direitos da Organização Lage e do espólio de Henrique Lage, constituído de valioso conjunto aproveitável no interesse da defesa nacional. Avaliados os bens, determinou o Ministro da Fazenda sua venda em hasta pública, para pagamento de débitos anteriormente contraídos pela empresa com a União, com a restituição do saldo aos proprietários. Estes formularam protesto judicial, propondo a criação de juízo arbitral, não aceito na forma sugerida, mas afinal instituído pela edição do Decreto-Lei nº 9.521, de 26 de julho de 1946, que estabeleceu:

- a incorporação definitiva dos bens que especificou;
- a desincorporação de bens que também discriminou;
- o pagamento, pela União, de uma indenização correspondente ao justo valor dos bens e direitos incorporados, com base na data em que entrou em vigor o Decreto-Lei nº 6.468, de 02.09.1942;
- o pagamento por meio de apólices da Dívida Pública;
- a instituição de juízo arbitral para o fim especial de julgar, em única instância e sem recurso, as impugnações aos decretos-leis anteriores, oferecidas pelo espólio, sua legatária e legatários;

16 FOUCHARD, *Nota* 6, p. 92.

17 Agravado de Instrumento nº 52.181-GB – Agravante: União Federal. Agravados: Espólio de Renaud Lage e outros; Henry Potter Lage e Espólio de Frederico Lage e Espólio de Henrique Lage. *RTJ*, vol. 68, p. 382.

- não recorribilidade da decisão do juízo arbitral;
- a composição do juízo arbitral por três membros, sendo um indicado pelo Ministro da Fazenda, outro pela parte e o terceiro dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;
- que a União e os interessados não poderiam pleitear quaisquer indenizações ou vantagens não especificadas no Decreto-Lei nº 9.521¹⁸.

O juízo arbitral, constituído pelo Dr. Raul Gomes de Matos, indicado pela União, Prof. Antônio Sampaio Dória, pelo espólio e pelo Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Dr. Manoel da Costa Manso, terceiro desempatador, proferiu seu laudo, fixando a indenização, inicialmente reconhecida pela União, que tomou providências administrativas, enviando mensagem ao Congresso, solicitando abertura de crédito especial para atender ao pagamento do valor arbitrado.

A essa altura, houve mudança de governo e o Procurador-Geral da Fazenda, Dr. Haroldo Renato Ascoli, em cumprimento à orientação recebida, emitiu parecer sustentando a inconstitucionalidade do juízo arbitral, dando fundamento a que o Ministro da Fazenda solicitasse o envio de nova mensagem ao Congresso cancelando a anterior. Apesar do parecer contrário da Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados, esta última mensagem foi aprovada, abrindo-se a questão ao Judiciário, por provocação dos sucessores e herdeiros dos Lage.

Já em primeiro grau, a pretensão foi acolhida. O recurso interposto para o Tribunal Federal de Recursos mereceu exaustivo exame do relator – Ministro Godoy Ilha – tendo a ementa registrado, dentre outros tópicos, a decisão sobre a constitucionalidade do juízo arbitral no Brasil, a possibilidade de a União a ele submeter-se e a natureza consensual da arbitragem. Sobre essas duas últimas questões decidiu o Tribunal:

“Juízo Arbitral – na tradição de nosso direito, o instituto do Juízo Arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que, como toda pessoa sui juris, pode prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insusceptíveis de transação.”

“Natureza consensual do pacto de compromisso – O pacto de compromisso, sendo de natureza puramente consensual, não constitui foro privilegiado, nem tribunal de exceção, ainda que regulado por lei específica.”

Esses dois tópicos da ementa fixam, admiravelmente, os contornos da arbitragem, reconhecendo seu caráter contratual, regulado pelo direito privado,

18 Vide RTJ, vol. 68, p. 383/384.

e a capacidade de o Estado brasileiro comprometer-se “salvo nas relações em que age como Poder Público, por insusceptíveis de transação”.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Bilac Pinto, confirmou a decisão do Tribunal Federal de Recursos, enfatizando, com novos fundamentos, o caráter contratual da arbitragem e a legitimidade do comprometimento da União. Invocando parecer de Castro Nunes, o acórdão esclarece que, ao tempo do Império,

“muitas controvérsias se levantaram contra a possibilidade da extensão do instituto (arbitragem), então disciplinado pelo D. 3.900, de 26.07.1867, 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”.¹⁹

Ainda invocando o mesmo parecer, o Acórdão sustenta

“não ser possível a interdição do Juízo Arbitral, mesmo nas causas contra a Fazenda, o que importaria numa restrição à autonomia contratual do Estado que, como toda pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio, pela via transacional, não se lhe podendo recusar esse direito, pelo menos na sua relação de natureza contratual ou privada, que só esta pode comportar solução, pela via arbitral, dela excluídas aquelas em que o Estado age como Poder Público que não podem ser objeto de transação”.²⁰

Essa decisão, tomada por unanimidade do plenário da mais Alta Corte do país, afasta, no Brasil, qualquer dúvida quanto à possibilidade de a União submeter-se à arbitragem privada.

Por outro lado, como já se adiantou, a Lei nº 1.518, de 24.12.1951, e o Decreto-Lei nº 1.312, de 15.12.1974, autorizam o Tesouro Nacional a firmar contratos contendo cláusula arbitral, na esfera internacional. Assim sendo, reconhece-se a plena capacidade do Estado brasileiro de submeter-se à arbitragem interna e internacional, ao contrário do que ocorre na França, como se viu, em que essa capacidade é restrita a contratos internacionais.

Há de se mencionar o entendimento de que a capacidade de firmar compromisso do Brasil estaria subordinada à desnecessidade de homologação do laudo arbitral, no país onde for proferido. É o que sustentou Jacob Dolinger, que invocou, em apoio a essa conclusão, a regra do art. 775 do Decreto nº 15.783, de 08.11.1922, que aprovou o regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública²¹. Esse dispositivo reza:

19 Vide *RTJ*, vol. 68, p. 391.

20 Vide *RTJ*, vol. 68, p. 391.

21 JACOB DOLINGER, “A Imunidade Jurisdicional dos Estados”, in *Revista Forense*, vol. 277, p. 52/80 a p. 77 (1982).

“Art. 775. A estipulação dos contratos administrativos compreende cláusulas essenciais e cláusulas acessórias.

§ 1º São cláusulas essenciais e como tais não podem ser omitidas em contrato algum, sob pena de nulidade:

[...]

e) nos contratos com pessoas naturais ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, a cláusula que declara competente o foro nacional brasileiro para dirimir quaisquer questões judiciais originadas dos mesmos contratos.”

Disse o Professor Dolinger que se a arbitragem não for considerada exercício jurisdicional, esse dispositivo não tem aplicação, pois o governo só não pode submeter-se à jurisdição estrangeira. Mas, advertiu,

“Considerando que na maioria dos países o laudo resultante da arbitragem deve ser submetido posteriormente à homologação judicial, poder-se-ia entender que a submissão à arbitragem constitui, de certa forma, uma submissão à jurisdição estrangeira.”²²

Esse raciocínio levaria a especular sobre a revogação do art. 775, § 1º, e, do Código de Contabilidade da União, pelos já mencionados Decreto-Lei nº 1.312, de 1974, e Lei nº 1.518, de 1951. Essa conclusão é afastada pelo ilustre Professor do Rio de Janeiro, que verificou que o Decreto-Lei nº 1.312, de 1974, limitou-se a autorizar o governo brasileiro a aceitar submeter eventuais controvérsias a arbitragens, o que não significa renúncia à imunidade de jurisdição, hipótese vedada pelo Decreto nº 15.783/1922.

Dessa forma, a submissão do governo brasileiro, ou de entidades públicas, à arbitragem no exterior estaria limitada aos casos em que o laudo arbitral independe de homologação no país onde foi proferido, como é o caso das arbitragens conduzidas pela Câmara de Comércio Internacional de Paris. O exame atento desses dispositivos, no entanto, leva a conclusão diversa.

O art. 775 do Decreto nº 15.783/1922 faz referência apenas aos contratos administrativos, ou seja, àqueles regidos pelo direito público, em que o Estado participa na sua qualidade de poder político, não sendo lícito aos que o representam abrir mão do exercício da competência judicial do Estado para dirimir eventuais litígios decorrentes dessa relação. Houvesse intenção de entender a regra a todos os contratos, não teria o *caput* do art. 775 feito referência expressa a “contratos administrativos”.

Haveria, então, de se identificar quais são os contratos administrativos, que, para Orlando Gomes, são os que

“se ajustam entre a Administração Pública e particulares para execução e desempenho de atividade do Estado, de interesse geral, que este não pode ou não quer exercer diretamente”.²³

22 DOLINGER, *Nota 19*, p. 78.

23 ORLANDO GOMES, “Os Contratos e o Direito Público” in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, junho 1977, n. 10, p. 45/46.

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, conceituou o contrato administrativo como

“o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.²⁴

Mas o que caracteriza o contrato administrativo distinguindo-o do de natureza privada é a participação da Administração na relação jurídica, sob suas vestes de Autoridade Pública, exercendo sua supremacia de poder em relação à outra parte contratante, que se submete às condições ditadas pela Administração.

Como salientou, ainda, Hely Lopes Meirelles – de quem são os conceitos ora expendidos – não é o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público que caracterizam o contrato administrativo – pois que presentes em todos os contratos – e sim

“a participação da Administração derogando normas de direito privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do direito público”.²⁵

Ora, admitidos como corretos esses conceitos, há de se compreender o art. 775 do Decreto nº 15.783, de 1922, em seu escopo de disciplinar os requisitos essenciais dos contratos administrativos, sem aplicação aos demais contratos que à Administração é facultado celebrar.

Daí por que não se compreende por que os contratos de empréstimos contraídos pela União e Estados-Membros, além de empresas públicas ou autarquias, não poderiam abrigar cláusula arbitral, prevendo a instituição de juízo arbitral no exterior. Tais contratos não se revestem das características de contrato administrativo. Trata-se de contratos regulados pelo direito privado e o Estado deles não participa com sua presença preponderantemente política.

Por este motivo, não há como se aceitar a conclusão de que seriam ineficazes as cláusulas dos contratos de financiamento aceitas por entidades públicas brasileiras e constantes de contratos firmados com pessoas domiciliadas no exterior, prevendo a arbitragem privada como meio de solução de litígios.

O raciocínio de que a cláusula arbitral somente poderia ser acolhida nos contratos que prevêem, como local da arbitragem, o Brasil, ou país que não imponha a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral, considera a submissão à arbitragem como renúncia à imunidade de jurisdição.

E assim posta a questão, não se discute a capacidade de o Estado submeter-se à arbitragem privada, e sim à renunciabilidade da imunidade de jurisdi-

24 HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, Ed. Rev. Tribunais, 4. ed., 1976, p. 182/183.

25 HELY LOPES MEIRELLES, *Nota* 22, p. 184.

ção que Pontes de Miranda tratou como matéria constitucional²⁶, mas que, na verdade, é questão que interessa a mais de um Estado e, destarte, regulada pelo direito internacional.

Por outro lado, a questão não envolve a disposição do art. 125 nº I da Constituição Federal, que confere competência aos juízes federais para julgar

“causas em que a União, autarquia ou empresa pública federal forem interessadas, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Militar”.

Essa norma disciplina, no direito interno brasileiro, a distribuição de competências do Poder Judiciário. Portanto, cuida de competência interna do juiz brasileiro, distinta da competência internacional de que o mesmo se encontra, também investido, como regulado nos arts. 88 e 89 do Código de Processo Civil.

O conteúdo de ambos os preceitos é de natureza e fins diversos. O primeiro regula a competência dos juízes federais de maneira precisa, como órgão do Poder Judiciário, enquanto que os dois últimos estabelecem a competência internacional do juiz brasileiro, sem distinguir o órgão do Poder Judiciário a que pertence, aplicando-se, pois, a todos, juízes comuns, federais, trabalhistas e militares.

O art. 125 da Constituição Federal e todo o Capítulo VIII onde se situa cuidam da organização judiciária do Brasil, estabelecendo os órgãos do Poder Judiciário, delimitando-lhes a jurisdição, logo, disciplinando-lhes a competência, uns frente aos outros, criando parâmetros precisos para a identificação das atribuições de cada um.

As normas sobre competência internacional, consagradas no Código de Processo Civil, disciplinam a jurisdição do juiz brasileiro frente ao juiz estrangeiro, excluindo-a ou admitindo-a.

O art. 88 do Código de Processo Civil estabelece:

“Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

- I – O réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;
- II – No Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;
- III – A ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.”

As hipóteses elencadas nesse dispositivo, contudo, não afastam a competência do juiz estrangeiro. Havendo submissão à autoridade judiciária estrangeira, ainda que presentes os pressupostos elencados no art. 88, a sentença

26 PONTES DE MIRANDA, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Torno II, p. 174 e seguintes.

que esta proferir poderá ser executada no Brasil, após sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal. A competência, aqui, é concorrente, ou relativa²⁷.

Já o art. 89 do Código de Processo Civil estabelece as hipóteses em que a competência é exclusiva:

“Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II – proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.”

Além dessas, pode-se acrescentar, como de competência absoluta do juiz brasileiro, a prevista no art. 7 da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7. 661, de 21 de junho de 1945):

“Art. 7º É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil.”

Em nenhuma delas se faz referência à competência absoluta *ratione personae*, ao contrário, o critério para a exclusão da competência estrangeira é o da localização dos bens no Brasil.

Nada impede, por esta razão, que a União ou qualquer das entidades referidas no art. 125 da Constituição Federal submetase à jurisdição estrangeira, mesmo porque não lhe resta alternativa quando forem autoras em controvérsias cuja decisão deva ser executada em outro país. O princípio da efetividade prevalece, pois nenhum efeito terá a decisão de juiz nacional não reconhecida pelo país onde deva ser executada.

Por último, há de se observar que a capacidade de se comprometer é matéria de direito civil, não se podendo negar ao Estado brasileiro sua legitimidade em ajustar convenção arbitral, como reconhecido pela já citada decisão do Supremo Tribunal Federal. Os dispositivos que regem a competência internacional constituem assunto de direito processual internacional, de natureza diversa.

27 GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, “Das Imunidades de Jurisdição e de Execução” – São Paulo, 1980 – s.c.p., p. 25; VICENTE GRECO FILHO, “Homologação de Sentença Estrangeira”, Saraiva, 178, p. 7/72; CELSO AGRÍCOLA BARBI, “Comentários ao Código de Processo Civil”, 1975, vol. II, p. 398/399.