

# Do Estado na arbitragem privada

JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES

Mestre em Direito pela Universidade de Yale. Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Professor Assistente-Doutor da Faculdade de Direito da USP

## SUMÁRIO

- 1 — *Da cláusula arbitral nos contratos com o Estado*
- 2 — *Da arbitragem como obrigação contratual*
- 3 — *Da arbitragem como jurisdição*
- 4 — *Da arbitragem como instituto "sui generis"*
- 5 — *Da capacidade do Estado de firmar compromisso*
- 6 — *Da capacidade do Estado brasileiro para firmar convenção arbitral*

### 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 legis-

lativas, fizeram surgir complexo sistema, ancorado em três pontos fundamentais (1):

- 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.

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 WEIL (2):

“A submissão do contrato ao direito interno e aos Juizes nacionais, não obstante não evite sejam acionados mecanismos internacionais, como a proteção diplomática, não assegura proteção 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 MIRANDA (3).

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

(2) “Contrats entre États et Particulier”, *Recueil des Cours*, v. 128, p. 101.

(3) *Tratado de Direito Privado*, vv. 26/32, p. 3.121.

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 BIRD (4).

## 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.

Ao examinar a lei aplicável à arbitragem, como um todo, a doutrina controverte. 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 incindíveis, 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” (5).

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

---

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

(5) PIERRE LALIVE, “L’Arbitrage International Privé”, *Recueil des Cours*, 1967, v. 120, p. 584.

### 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 LAINÉ<sup>(6)</sup> 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 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 LALIVE<sup>(7)</sup> e PHILIPPE FOUCHARD<sup>(8)</sup> e contou com o prestígio do Instituto de Direito Internacional, representado pelo Professor SAUSER-HALL<sup>(9)</sup>.

O exame da natureza da arbitragem é importante quando se defronta com a participação do Estado na arbitragem privada e as conseqüências 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

(6) Cf. PHILIPPE FOUCHARD. *L'Arbitrage Commercial International*. Dalloz, p. 8.

(7) PIERRE LALIVE. Nota 5, p. 584.

(8) PHILIPPE FOUCHARD. Nota 6, p. 8.

(9) Cf. FOUCHARD. Nota 6, p. 9.

participação no processo arbitral. É o caso da França, onde os artigos 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 refere-se 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 cartapartidas 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:

“proibição (feita ao Estado de se comprometer) é limitada aos contratos de ordem interna e não tem aplicação às convenções de caráter internacional” (10).

Essa decisão provocou inúmeros comentários e controvérsias na doutrina francesa, que submeteu os argumentos da Corte aos rigores da lógica cartesiana. As 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, corroborou MOTULSKY que a questão primordial no litígio foi a da interdição feita ao Estado francês de se comprometer, regra essa não verificada no direito inglês ou no alemão, tratando-se, pois, de norma peculiar ao direito francês (11). 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.

(10) PHILIPPE FOUCARD. Nota 6, p. 94.

(11) HENRY MOTULSKY. *Écrits — Études et Notes Sur l'Arbitrage*. Dalloz, 1974, p. 366.

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 <sup>(12)</sup>, 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'État de défendre à les représentants d'accepter un mode de règlement de ses différends conforme aux usages du commerce international, alors que son refus entrainerait souvent la rupture des pourparlers engagés”.

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 Estado-Parte. 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 ignorância, haveria de se considerar válida a submissão do Estado e plena sua capacidade <sup>(13)</sup>. 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, porque 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 organi-

(12) PHILIPPE FOUCHARD. Nota 6, p. 101.

(13) HENRY MOTULSKY. Nota 11, p. 368.

zação 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 da 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 à arbitragem, salvo autorização especial, como ocorreu na Grécia, Estados Unidos, Bélgica e França (14).

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 arbitragens. 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 indispensáveis 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 Lage (15). Os fatos

(14) FOUCHARD. Nota 6, p. 92.

(15) Agravo 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*, v. 68, p. 382.

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 que os bens e direitos incorporados, com base na data em que entrou em vigor o Decreto-Lei n.º 4.648, de 2-9-42;
- 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;
- 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 9.521/46 (16).

O Juízo Arbitral, constituído pelo Dr. Raul Gomes de Matos, indicado pela União, Prof. Antonio Sampaio Doria, 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 Ar-

(16) V. Nota 15, pp. 383/384.

bitral, 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, 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 26-7-1867, 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” (17).*

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 auto-*

(17) V. Nota 15, p. 391.

nomia contratual do Estado que, como toda pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio, pela via transaccional, 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" (18).

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 n.º 1.518, de 24-12-1951, e o Decreto-Lei n.º 1.312, de 15-2-1974, 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 n.º 15.783, de 8-11-1922, que aprovou o regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública (19). Esse dispositivo reza:

"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 jurisdiccional, 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

(18) V. Nota 15, p. 391.

(19) JACOB DOLINGER. "A Imunidade Jurisdiccional dos Estados", *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, a. 19, n. 76, out./dez. 1982, pp. 5/84.

constitui, de certa forma, uma submissão à jurisdição estrangeira” (20).

Esse raciocínio levaria a especular sobre a revogação do art. 775, § 1º, e, do Código de Contabilidade da União, pelos já mencionados Decreto-Lei n.º 1.312, de 1974, e Lei n.º 1.518, de 1951. Essa conclusão é afastada pelo ilustre Professor do Rio de Janeiro, que verificou que o Decreto-Lei n.º 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 n.º 15.783/22.

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 n.º 15.783/22 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 estender 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” (21).

HELLY 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” (22).

Mas o que caracteriza o contrato administrativo distinguindo-o do de natureza privada é a participação da Administração na relação jurídica,

(20) DOLINGER, Nota 19, p. 60.

(21) ORLANDO GOMES. “Os Contratos e o Direito Público”. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n.º 10, junho, 1977, pp. 45/46.

(22) HELLY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*, 4ª ed., Ed. Rev. Tribunais, 1976, pp. 182/183.

sob suas vestes de autoridade pública, exercendo sua supremacia de poder em relação à outra parte contratante, que se submete às condições ditas 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” (23).

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 jurisdição que PONTES DE MIRANDA tratou como matéria constitucional (24), mas que, na verdade, é questão que interessa a mais de um Estado e, destarte, regulada pelo direito internacional.

(23) V. Nota 22, p. 184.

(24) PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II, pp. 174 e segs.

Em contrapartida, a questão não envolve a disposição do art. 125, nº I, da Constituição federal, que confere competência aos Juizes federais para julgar

“as causas em que a União, entidade autárquica 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 à Militar”.

Essa norma disciplina, no direito interno brasileiro, a distribuição de competências do Poder Judiciário. Portanto, coisa 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 Juizes 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, Juizes comuns, federais, trabalhistas e militares.

O art. 125 da Constituição federal e todo o Capítulo VII, 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 que esta proferir poderá ser executada no Brasil, após sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal. A competência, aqui, é concorrente, ou relativa (25).

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. 7º 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 submeta-se à jurisdição estrangeira, mesmo porque não lhe resta alternativa quando forem autores 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.

---

(25) 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, 1978, pp. 71/72; CELSO AGRÍCOLA BARBI. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II, 1975, pp. 398/399.