

AS ARBITRAGENS COMERCIAIS INTERNACIONAIS E DOMÉSTICAS E OS CONTRATOS COM O ESTADO*

Gustavo Fernandes de Andrade**

I - Introdução***

As arbitragens comerciais envolvendo o Estado apresentam, inegavelmente, inúmeros desafios, tendo em vista o *status* especial do soberano e as prerrogativas que lhe são concedidas pelo direito internacional e pelos sistemas jurídicos nacionais. Por este motivo, a participação de Estados, especialmente nas arbitragens internacionais,¹ tem suscitado inúmeras dúvidas e perplexidades, que se iniciam com a discussão acerca da validade da cláusula compromissória e vão até ao exame da possibilidade de se penhorarem bens do Estado para satisfazer o crédito constituído pela sentença arbitral.² Por essa razão, há quem sustente que a simples presença do Estado na arbitragem seria suficiente para se conferir ao procedimento arbitral uma tonalidade específica e própria, sujeita a regramentos peculiares, que precisam ser bem compreendidos antes da celebração de contratos que prevejam a arbitragem como forma de solução de disputas.³

Note-se que a heterogeneidade de opiniões neste tema também parece decorrer da percepção distinta que os particulares e os Estados têm das vantagens do procedimento arbitral. Enquanto para os particulares ressaltam-se a flexibilidade do procedimento, o abandono de regras rígidas e excessivamente formalistas do processo judicial e a maior brevidade para a obtenção de um provimento final, para o Estado a arbitragem se mostra, em um exame misonista do tema, como uma *perda* de liberdade e a aceitação de restrições que a ele não se aplicariam se a demanda fosse apreciada pelas suas próprias Cortes Judiciais.⁴

* Este estudo constitui uma atualização do artigo "As Arbitragens Comerciais Internacionais e Domésticas e os Contratos com o Estado", publicado no livro *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*, coordenação de Elena Landau, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 81 a 145.

** Advogado. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela University of Cambridge (2005). Mestre em Direito pela University of Pennsylvania (1999). (gustavofernandes@sbadv.com.br)

*** Em razão da citação de inúmeros artigos publicados em revistas estrangeiras e da referência a casos decididos por tribunais internacionais e cortes judiciais de outros países, inseriu-se, ao final deste estudo, para a maior comodidade do exame, um índice das abreviações utilizadas e das fontes jurisprudenciais consultadas.

¹ A definição do que se seja uma arbitragem internacional é objeto de grande controvérsia entre os internacionalistas. De modo geral, dois critérios têm sido empregados para definir o termo. O primeiro deles requer o exame da *natureza da disputa*, de maneira que a arbitragem será considerada internacional se estiverem em jogo interesses pertinentes ao comércio internacional. O segundo critério coloca ênfase na *parte* integrante da arbitragem, sendo necessário determinar a sua nacionalidade ou o seu domicílio estrangeiro para que a arbitragem possa ser considerada internacional. Esta definição cabe, em regra, a cada um dos sistemas nacionais de arbitragem. A Lei Modelo da UNCITRAL (art. 1(3)) sugere uma combinação dos dois critérios para se qualificar uma arbitragem como internacional (Alan Redfern and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Thomson, Sweet & Maxwell, 4ª ed., Londres 2004, p. 14).

² Richard Boivin, *International Arbitration with States: An Overview of the Risks*, (2002) 19(4) *J.Int'l Arb.*, 285-292.

³ George R. Delaume, *State Contracts and Transnational Arbitration*, (1981) 75 *AJIL* 784, 785. Confira-se também J.P. Carver, *The Strengths and Weakness of International Arbitration Involving a State as a Party: Practical Implications*, (1985) 1 *Arb. Int'l* 179.

⁴ H. Fox, *States and the Undertaking to Arbitrate*, (1988) 37 *ICLQ* 1, 4.

No âmbito do direito brasileiro, o tema das arbitragens envolvendo o Estado ou as sociedades integrantes da administração indireta tem se fixado, principalmente, no debate acerca da *capacidade* de o Estado celebrar a cláusula compromissória (*arbitrabilidade subjetiva*),⁵ e da possibilidade de se discutir, no âmbito da arbitragem, direitos e obrigações assumidos pela administração pública nos contratos por ela firmados com os particulares (*arbitrabilidade objetiva*).

Considerando-se a inegável importância que o investimento estrangeiro tem tido no Brasil desde os meados da década de noventa — e, a rigor, a participação dele no desenvolvimento da infra-estrutura nacional continua a ser crucial — pareceu-me mais apropriado abordar o tema principalmente sob o aspecto das arbitragens internacionais, tendo em vista que a opção por este meio de solução de disputas, constante de inúmeros contratos celebrados por empresas controladas por sociedades estrangeiras, foi, certamente, um aspecto relevante no momento de se deliberar acerca do aporte de capitais no Brasil.⁶ Portanto, a questão da *arbitrabilidade* das disputas envolvendo o Estado na experiência brasileira é apenas mais um capítulo dessa discussão, devendo o tema, por este motivo, ser colocado sob uma perspectiva mais abrangente.

O objetivo deste trabalho é o de apresentar uma visão geral acerca dos principais assuntos que envolvem a participação do Estado nas arbitragens comerciais (internacionais e domésticas), no qual se procurará demonstrar que, de modo geral, sempre que o Estado se submeter ao regramento de direito privado, praticando atos de gestão e despidido das suas prerrogativas de soberano, a sua participação em procedimento arbitral encontra respaldo em legislações estrangeiras e nacionais, havendo, ainda, inúmeras decisões, proferidas por tribunais arbitrais e cortes judiciais, admitindo a validade deste procedimento.⁷

Além da presente introdução, o estudo foi dividido em cinco partes: na parte II, trata-se da questão da *imunidade de jurisdição* do Estado estrangeiro e dos efeitos que a celebração da cláusula compromissória tem em relação a essa prerrogativa. Na parte III, apresentam-se os diversos critérios utilizados para se determinar a *lei aplicável* ao procedimento arbitral quando dele for parte o Estado. Na parte IV, discute-se o tema da *imunidade de execução* dos Estados estrangeiros, onde se procurará identificar as situações nas quais a constrição de bens do Estado, necessária para a satisfação forçada do crédito contido na sentença arbitral, será permitida. Na parte V, enfoca-se o problema das arbitragens e os contratos com o Estado sob a perspectiva do *Direito Brasileiro*, apontando-se os

⁵ Extrapolaria dos limites deste artigo determinar se as restrições impostas ao Estado para firmar a cláusula compromissória dizem respeito, efetivamente, à sua *capacidade*, ou se tal tema se refere à *arbitrabilidade* da disputa. Tendo em vista que as limitações à participação do Estado em arbitragens poderiam ser renunciadas, há quem sustente ser impróprio equiparar esta situação, v.g., à do mentalmente incapaz (cf. *Fouchard, Gaillard & Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer International, The Hague, 1999, item 539 e Jan Paulsson, *May a State Invoke its own Law to Repudiate Consent to International Arbitration*, (1986) 2 *Arb. Int'l* 90). Esta questão ganha relevo quando se verifica que o art. V(1)(a) da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque aos 10 de junho de 1958 (Convenção de Nova Iorque), incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto n.º 4.311, de 23 de julho de 2002, admite a recusa ao reconhecimento ou à execução de uma sentença arbitral estrangeira se "as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapazes".

⁶ Paul E. Comeaux e N. Stephan Kinsella, *Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal Aspects of Political Risk*, Oceana Publications Inc., Nova Iorque, 1997, p. 185.

⁷ Emmanuel Gaillard e J. Edelstein, *Recent Developments in State Immunity in France: Creighton v Catar*, (2000) 15 *Mealey's Int'l Arb. Rep.* 49.

casos decididos pelo Judiciário e a atual regulamentação normativa da matéria. Por fim, na parte VI, apresentam-se as conclusões do presente estudo.

II A imunidade de jurisdição

(a) Apreciação do tema pelo Judiciário

A primeira questão que, necessariamente, se coloca acerca da validade das arbitragens internacionais envolvendo o Estado, ou as sociedades por ele controladas, é a da imunidade de jurisdição, concedida pelo direito internacional costumeiro aos Estados soberanos e aos seus representantes. Fundada no princípio da igualdade entre os Estados (*par inter pares non habet jurisdictionem*),⁸ a prerrogativa da imunidade de jurisdição garante ao Estado o direito de submeter, com exclusividade, as questões relativas aos aspectos da sua soberania ao seu próprio Judiciário, não sendo lícito aos órgãos jurisdicionais dos demais países e de entidades internacionais exercerem jurisdição sobre o Estado estrangeiro, a menos que este, voluntariamente, tenha consentido em se sujeitar e essa auto-riedade.^{9 10}

Por estas razões, historicamente, a teoria da imunidade apresentava um matiz absoluto, que vedava, peremptoriamente, o exercício da jurisdição de um Estado sobre outro.^{11 12}

⁸ *Saudi Arabia v Arabian American Oil Co.*, (1958) 27 ILR 117, 155-6.

⁹ Jacob Dolinger e Carmem Tiburcio, *Direito Internacional Privado, Arbitragem Comercial Internacional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 394.

¹⁰ Note-se que este princípio, segundo o qual os Estados não se sujeitam à jurisdição compulsória de qualquer outro país ou entidade internacional sem o seu consentimento, foi considerado, pela Corte Internacional de Justiça no caso *Western Sahara Advisory Opinion* ([1975] ICJ Rep. 12, 23), como sendo "a fundamental rule, repeatedly reaffirmed in the court's jurisprudence".

¹¹ Coerente com a doutrina dominante da época, julgou-se em 1880, no Reino Unido, o caso *The Parliament Beige* ((1880) 5 PD 197, 205), no qual o princípio, adotado pelo Direito Britânico, foi assim resumido: "The exemption of the person of every sovereign from adverse suit is admitted to be a part of the law of nations ... [so also] of some property ... The universal agreement which has made these propositions part of the law of nations has been an implied agreement." Esta orientação se confirmou por ocasião do julgamento do caso *Compania Naviera Vascongado v. S.S. Cristina* ((1938) AC. 485, 490), onde, de maneira ainda mais enfática, se reafirmou, no Judiciário Britânico, a aplicação, sem temperamentos, da teoria da imunidade absoluta de jurisdição: "The courts of a country will not implead a foreign sovereign, that is, they will not by their process make him against his will a party to legal proceedings whether the proceedings involve process against his person or seek to recover from him specific property or damages." No Direito Americano, a adoção da teoria da imunidade absoluta remonta à decisão da Suprema Corte no caso *Schooner Exchange v McFadden*. Na referida decisão, Chief Justice Marshall concluiu que, muito embora a jurisdição de um Estado sobre o seu próprio território não seja suscetível a qualquer tipo de limitação que não tenha sido imposta pelo próprio soberano, os Estados Unidos teriam, de maneira implícita, renunciado à sua jurisdição com relação a certas atividades exercidas pelos Estados estrangeiros no seu território, de forma a permitir uma convivência mais harmoniosa entre as nações ((1812) 11 US 116 (7 Cranch)). Muito embora o dispositivo do acórdão da Suprema Corte, na verdade, se limitasse a afirmar que os Estados Unidos não poderiam exercer jurisdição sobre navios armados ancorados nos seus portos, o precedente acabou sendo interpretado de maneira ampla, consagrando a teoria da imunidade absoluta de jurisdição dos Estados estrangeiros naquele país (cf. *Verlinden BV v Central Bank of Nigeria*, (1983) 461 US 480). Além disso, e como regra geral, a Suprema Corte americana deixava a cargo do Poder Executivo a definição das hipóteses em que se reconheceria a imunidade do Estado estrangeiro, sendo vedado ao Judiciário examinar a conveniência e a oportunidade desta deliberação (cf. *Ex Parte Peru*, (1943) 318 US 578, 586 e *México v Hoffman* (1945) 324 US 30, 33).

¹² Entre nós, o Supremo Tribunal Federal manteve, até a edição da Constituição de 1988, a aplicação da teoria da imunidade absoluta, sendo certo que, somente em casos de *renúncia expressa* pelo Estado interessado, se admitia, no direito brasileiro, a derrogação da mencionada imunidade (cf. RTJ 123/29,

O século XX, no entanto, presenciou mudanças radicais e significativas na atuação do Estado e nas funções que as suas próprias Constituições lhes atribuíram, sendo inegável que eles, diretamente ou por intermédio das suas instrumentalidades, passaram a se engajar, rotineiramente, em atividades tipicamente comerciais, comprando mercadorias, fretando navios, firmando contratos para a prestação de determinados serviços, enfim, realizando negócios que, até então, eram reservados, pela ideologia econômica e política da época, à iniciativa privada.

Como não poderia deixar de ser, esta mutação teve inevitável impacto na doutrina da imunidade de jurisdição. Gradativamente, Estados que, tradicionalmente, aplicavam a teoria da imunidade absoluta de jurisdição nas suas relações jurídicas com outras nações, passaram a adotar a regra *restritiva*, a ponto de se poder afirmar que, no âmbito do direito internacional, deixou de existir um princípio geral de imunidade absoluta de jurisdição.¹³

Neste sentido, veja-se que, em 1952, o Departamento de Estado americano emitiu a conhecida *Tate letter*,¹⁴ na qual se anunciou a adoção da teoria restritiva da imunidade de jurisdição. Por esta teoria, a imunidade de jurisdição limitava-se às ações nas quais se discutiam atos relativos à soberania do Estado estrangeiro, não se estendendo tal prerrogativa, conseqüentemente, às suas atividades meramente comerciais. A adoção, no direito americano, dessa teoria foi reconhecida pela Suprema Corte no caso *Alfred Dunhill of London Inc. v Republic of Cuba*, onde se afirmou que os Estados estrangeiros não poderiam mais reivindicar imunidade de jurisdição com relação a atividades comerciais por eles exercidas em território americano.¹⁵

Também não fugiu da percepção atenta do Judiciário americano a distinção, muito comum nos países de tradição romano-germânica, entre atos de *império* e atos de *gestão* como critério de estabelecimento da imunidade de jurisdição no âmbito da doutrina restritiva, como ficou claro na decisão proferida no caso *Pan American Tankers Corp. v Republic of Vietnam*.^{16 17}

Apreciando a questão após a promulgação, ocorrida em 1976, do *Foreign Sovereign Immunities Act*,¹⁸ a Suprema Corte, esclarecendo o conteúdo da mencionada lei, afirmou que, muito embora, em regra, os Estados estrangeiros continuassem imunes à jurisdição das cortes americanas, esta imunidade se afastaria sempre que, expressa ou implicitamente, houvesse renúncia à prerrogativa ou nos casos em que o Estado agisse como se fora um particular, exercendo atividades de natureza comercial ou econômica.¹⁹

No Reino Unido, o acolhimento da teoria restritiva da imunidade de jurisdição

RTJ 66/727, RTJ 104/990, RTJ 111/949 e RTJ 116/474, entre outras decisões).

¹³ Hersch Lauterpacht, *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, (1951) 28 BYBIL 220, 272.

¹⁴ (1952) 26 Dep't St. Bull. 984.

¹⁵ Veja-se que, mesmo antes desta decisão, o Judiciário americano já havia recepcionado, de forma indubitável, a teoria restritiva da imunidade de jurisdição, tal como se afirmou no caso *Victory Transport Inc. v Comisaria General*, (1964) 336 F. 2d. 354, onde o critério da prática de atos comerciais também foi adotado para justificar a adoção da teoria.

¹⁶ (1969) 296 F. Supp. 361 (SDNY).

¹⁷ Segundo Jacob Dolinger e Carmem Tiburcio, há dois critérios para caracterizar atos de gestão: a natureza do ato e a sua finalidade. De acordo com o primeiro, se o ato é praticado por particulares, sua natureza não é estatal; pelo segundo, se o ato tem como finalidade um objetivo governamental, mesmo que praticado por particulares, será ato de império (*Direito Internacional Privado, Arbitragem Comercial Internacional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 394).

¹⁸ 28 USC, Part IV, Chapter 97.

¹⁹ *Verlinden B.V. v Central Bank of Nigeria*, (1983) 461 US 480.

remonta à decisão da Corte de Apelação inglesa no caso *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad*, julgado em 1958,²⁰ onde se concluiu que a “moderna teoria da imunidade” exigia o afastamento das prerrogativas típicas do Estado estrangeiro sempre que ele estivesse engajado em atividades mercantis no território britânico, entendimento que foi novamente confirmado por ocasião do julgamento do caso *Trendtex Corporation v The Central Bank of Nigeria*.²¹

Do outro lado do canal, a França também reconheceu e adotou a teoria da imunidade restritiva de jurisdição, mesmo em hipótese em que a própria França invocava, perante o seu Judiciário, a impossibilidade de se sujeitar a um processo arbitral conduzido em território estrangeiro. O Código Civil francês, no seu artigo 2.060 (na redação anterior à promulgação do Artigo 9º da Lei de 19 de agosto de 1986),²² vedava a realização de arbitragens envolvendo o Estado francês, ou as suas subdivisões políticas e administrativas, ou quando o objeto da arbitragem se referisse a questões de ordem pública, o que, em um primeiro exame, tornaria inarbitrável a disputa da qual fosse parte o Governo Francês.²³

Todavia, no caso *Galakis* a Corte de Cassação francesa julgou válida uma arbitragem envolvendo o Estado francês e autorizou o reconhecimento e a execução de laudo proferido, no exterior, contra a França.²⁴ Em 1940, o almirantado francês celebrou com uma sociedade grega um contrato de afretamento de navio, no qual se estabeleceu uma cláusula arbitral e se escolheu Londres como sede do eventual procedimento arbitral. A arbitragem acabou acontecendo e, em 1953, a *Galakis* obteve um laudo favorável, a ser executado contra o Estado francês. Em 1954, o laudo recebeu o *exequatur* do Judiciário local, decisão que acabou sendo confirmada pela Corte de Cassação francesa, apesar da invocação do referido art. 2.060 do Código Civil, que parecia tornar não arbitrável a controvérsia. Na sua decisão, a Corte de Cassação deixou claro, em primeiro lugar, que a proibição do aludido art. 2.060 do *Code “ne soulève pas une question de capacité”*, e, ademais, que a norma havia sido «éditée pour les contrats internes», sendo, pois, inaplicável a «un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime».^{25 26}

Em outro conhecido caso, o *République Socialiste Fédérale Yougoslave c.*

²⁰ (1958) A.C. 379.

²¹ (1977) QB 529.

²² Acerca da interpretação do art. 2.060 do Código Civil francês após a modificação introduzida pela referida Lei de 19 de agosto de 1986, leia-se Mathieu Boisseson, *Interrogations et doutes sur une évolution législative: L'article 9 de la loi du 19 août 1986*, (1987) *Revue de l'arbitrage* 3.

²³ Eis a redação original do art. 2.060 do Código Civil francês: «On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressantes les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public».

²⁴ *Cass. Civ.*, 02 de maio de 1966, (1966) *Daloz* 575 e (1966) *Journal du Droit International* 648. Veja-se, também, H. Batifol, *Arbitration Clauses Concluded between French Government-Owned Enterprises and Foreign Private Parties*, (1968) 7 *Columbia Journal of Transnational Law* 32.

²⁵ Não se pode deixar de mencionar o comentário pertinente de M. Loquin, que procurou restringir os efeitos do caso *Galakis* às hipóteses de arbitragens internacionais envolvendo o Estado francês, e nas quais se discute uma relação puramente comercial: «A propos de l'arrêt Galakis, il faut rappeler exactement les termes de cette décision. Je ne suis pas sûr qu'elle valide d'une manière générale la possibilité pour l'État de compromettre dans les marchés internationaux. Il faut que le contrat soit conclu conformément aux usages du commerce international, ce qui semble dire qu'il s'agit uniquement de contrats purement commerciaux à l'exclusion de toute coloration de service public. Il faut partir de ce point de vue un peu restrictif pour voir ensuite s'il est utile et nécessaire d'étendre encore la possibilité pour l'État de compromettre en matière internationale.» ((1992) 2 *Revue de l'arbitrage* 285-300).

²⁶ Alan Redfern and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Thomson, Sweet & Maxwell, 4ª ed., 2004, Londres, p. 147.

Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises (SEEE), decidiu-se que, tendo em vista a natureza do contrato firmado, a ausência de regras afastando a aplicabilidade do *droit commun* e a inclusão de uma cláusula arbitral, seria inviável a invocação, pela República Iugoslava, da imunidade de jurisdição para afastar os efeitos vinculativos da cláusula compromissória.²⁷

Na Alemanha a questão foi apreciada e corretamente decidida no caso *Y.M.N. Establishment v Central Bank of Nigeria*. Valendo-se de precedentes da Corte Constitucional, a Corte Distrital de Frankfurt afirmou que “a foreign state may be granted immunity from German jurisdiction only in respect of its sovereign activity (acta jure imperii) but not in respect of its non-sovereign activity (acta jure gestionis), because no general rule of public international law exists under which the domestic jurisdiction for actions against a foreign state in relation to its non-sovereign activity is precluded”.²⁸

No Brasil, com o acolhimento da teoria restritiva da imunidade de jurisdição pelo Supremo Tribunal Federal após a Constituição de 1988,²⁹ inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça têm afastado a imunidade de jurisdição de Estados alienígenas em relações jurídicas comerciais,³⁰ em hipóteses de responsabilidade civil por ato ilícito extracontratual,³¹ em questões imobiliárias,³²

²⁷ Cour d'Appel de Rouen, 13 de Novembro de 1984, (1986) XI YBCA 491, 499.

²⁸ (1977) 16 ILM 501, 503.

²⁹ Ag. Reg. no RE. n.º 222.368-4, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello (Ementário n.º 2098-2); Apelação Cível n.º 9.696/SP, rel. Min. Sydney Sanches (RJ 133/159) e AI 139.671-Agr/DF, rel. Min. Celso de Mello (RTJ 161/643-644).

³⁰ No caso, tratava-se da análise acerca de um contrato de compra e venda de vidros para a embaixada tcheca em Brasília, em acórdão assim ementado:

“ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA. RECURSO DESPROVIDO.

O direito internacional público atual não tem prestigiado como absoluto o princípio da imunidade de jurisdição de estado estrangeiro, impondo-se a confirmação da erudita decisão que deu pela competência da justiça brasileira” (AI n.º 757-DF, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in DJU de 01.10.90, p. 10.448).

³¹ Apelação Cível – AC 14-DF, 2ª Turma, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, in DJU de 19.09.94 p. 24.677:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESTADO ESTRANGEIRO. ALEGAÇÃO DE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. NÃO RECONHECIMENTO. RECURSO CABÍVEL DA SENTENÇA. RESPONSABILIDADE PELO FATO DE TERCEIRO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE TER O TERCEIRO AGIDO COM CULPA. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO INTERPOSTO PELO RÉU VENCIDO EM PRELIMINAR, MAS VENCEDOR NO MÉRITO. FALTA DE SUCUMBÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. (...)

III - Não há imunidade de jurisdição para o Estado estrangeiro, em causa relativa a responsabilidade civil.

³² Recurso ordinário – RO 6/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Garcia Vieira, in RSTJ 117/231:

“DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO - IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO - EVOLUÇÃO DA IMUNIDADE ABSOLUTA PARA A IMUNIDADE RELATIVA - ATOS DE GESTÃO - AQUISIÇÃO E UTILIZAÇÃO DE IMÓVEL - IMPOSTOS E TAXAS COBRADAS EM DECORRÊNCIA DE SERVIÇOS PRESTADOS PELO ESTADO ACREDITANTE.

Agindo o agente diplomático como órgão representante do Estado Estrangeiro, a responsabilidade é deste e não do diplomata.

A imunidade absoluta de jurisdição do Estado Estrangeiro só foi admitida até o século passado.

Modernamente se tem reconhecido a imunidade ao Estado Estrangeiro nos atos de império, submetendo-se à jurisdição estrangeira quando pratica atos de gestão.

O Estado pratica ato “jure gestionis” quando adquire bens imóveis ou móveis.

O egrégio Supremo Tribunal Federal, mudando de entendimento, passou a sustentar a imunidade relativa. Também o colendo Superior Tribunal de Justiça afasta a imunidade absoluta, adotando a imunidade relativa do Estado Estrangeiro. Não se pode alegar imunidade absoluta de soberania para

trabalhistas,³³ sendo, portanto, seguro afirmar que somente se recusará a jurisdição brasileira para julgar causas que envolvam o Estado estrangeiro quando a demanda envolver aspectos típicos da sua *soberania*, ou se contemplar o exame de atos de império.³⁴

Portanto, não há, em decorrência do acolhimento da teoria restritiva da imunidade de jurisdição, qualquer óbice a que os Judiciários nacionais examinem questões relativas à prática de atos por Estados estrangeiros que não tenham qualquer pertinência com os aspectos substanciais da sua soberania, tal como a matéria foi consolidada pelo art. 10(1) da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades de Jurisdição dos Estados e da sua Propriedade de 2005.^{35 36}

(b) Renúncia à imunidade de jurisdição mediante a celebração de cláusula compromissória

Consectário lógico da adoção da teoria restritiva da imunidade é a questão acerca da possibilidade de renúncia a essa prerrogativa. Quanto a este ponto, faz-se necessário um esclarecimento prévio acerca dos tipos de arbitragem em que o Estado pode figurar em decorrência da celebração de uma cláusula compromissória.³⁷ Há, em primeiro lugar, as arbitragens entre Estados soberanos, que,

não pagar impostos e taxas cobrados em decorrência de serviços específicos prestados ao Estado Estrangeiro. Recurso provido”.

³³ Apelação Cível – AC 2-DF, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, in RSTJ 13/45: IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA INTENTADA CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO.

³⁴ Sofrendo o princípio da imunidade absoluta de jurisdição certos temperamentos em face da evolução do direito consuetudinário internacional, não é ele aplicável a determinados litígios decorrentes de relações rotineiras entre o Estado estrangeiro e os súditos do país em que o mesmo atua, de que é exemplo a reclamação trabalhista. Precedentes do STF e do STJ. Apelo a que se nega provimento”.

³⁵ Ressalve-se que o conteúdo mínimo da regra da imunidade não pode ser estabelecido, apenas, pelos sistemas jurídicos nacionais, mas leva em consideração padrões impostos pelo direito internacional, que devem ser observados pelos Estados para que um sistema verdadeiramente internacional, e obsequioso a certas prerrogativas inerentes à igualdade entre as nações, possa validamente funcionar. Como ensina James Crawford: “International law contains its own fundamentally important choice-of-forum rule, that is that states cannot be subject to compulsory process without their consent. This rule cannot be restricted to compulsory process in an international forum: categorization of a tribunal as municipal rather than international should not, in such cases, matter. If a matter is integrally governed by international law, it is governed by a legal system which contains that choice-of-forum rule, and municipal courts, if they are to act consistently with international law, must accord immunity to a foreign state in proceedings involving it in respect to such matters” (*Execution of Judgments and Foreign Immunity*, (1981) 75 AJIL 820, 856).

³⁶ “Art. 10(1) If a State engages in a commercial transaction with a foreign natural or juridical person and, by virtue of the applicable rules of private international law, differences relating to the commercial transaction fall within the jurisdiction of a court of another State, the State cannot invoke immunity from that jurisdiction in a proceeding arising out of that commercial transaction.”

³⁷ Em 12 de dezembro de 2000, a Assembléia Geral das Nações Unidas, através da resolução 55/150, decidiu criar um comitê *ad hoc*, a fim de dar prosseguimento à discussão sobre a imunidade de jurisdição dos Estados e da sua propriedade. Em 5 de março de 2004, o Comitê *ad hoc* submeteu uma minuta de convenção à Assembléia Geral, a qual foi aprovada por intermédio da resolução 59/38, em 2 de dezembro de 2004, adotando-se a referida Convenção das Nações Unidas Sobre Imunidades de Jurisdição dos Estados e da sua Propriedade, que se encontra aberta para assinaturas dos Estados desde 17 de janeiro de 2005. Até 27 de dezembro de 2005, Áustria, Bélgica, China, Eslováquia, Finlândia, Islândia, Líbano, Madagascar, Marrocos, Noruega, Paraguai, Portugal, Reino Unido, Romênia, Senegal, Suécia e Timor Leste já haviam assinado a Convenção. Apesar de ainda não estar em vigor (é necessária a ratificação de pelo menos trinta países), tal Convenção pode ser considerada como uma codificação das regras de direito internacional costumeiro sobre as imunidades de jurisdição e de execução.

³⁸ Acerca das arbitragens híbridas envolvendo o Estado, confira-se Zachary Douglas, *The Hybrid*

para a sua validade, dependem da celebração de um acordo internacional específico, além da assinatura de um compromisso no qual se estabelecem as regras procedimentais da arbitragem.^{38 39} Além disso, no que se refere à lei aplicável ao procedimento, nas arbitragens entre Estados incide o *direito internacional público*,⁴⁰ que desvincula o procedimento arbitral de qualquer tipo de controle pelas cortes nacionais do território no qual a arbitragem se realiza, e cuja aplicação independe de cláusula expressa no compromisso.^{41 42}

Já nas arbitragens privadas nas quais o Estado é parte, há o entendimento, que parece ser majoritário, de que a validade do procedimento arbitral depende, além do acordo de vontade das partes, das regras estabelecidas pela lei arbitral da sede da arbitragem, também conhecida como *lex loci arbitri*.^{43 44} Pois bem: não se trata de examinar, aqui, em que casos se pode validamente renunciar à imunidade de jurisdição nas arbitragens entre Estados, mas apenas as situações em que o soberano age despido das suas prerrogativas estatais.⁴⁵

Superada esta questão, deve-se examinar se a renúncia à imunidade — acolhida a tese, no plano internacional, da restritividade desta prerrogativa — se dá apenas expressamente ou pode ocorrer de forma implícita. A corrente majoritária é no sentido de que a estipulação, em contrato, de cláusula compromissória, significa válida renúncia *implícita* à imunidade de jurisdição, obrigando o Estado a participar, de boa-fé,⁴⁶ do procedimento escolhido, livre e conscientemente, pelas partes do contrato.⁴⁷

Foundations of Investment Treaty Arbitrations, (2003) 74 BYBIL 151.

³⁸ F. A. Mann, *State Contracts and International Arbitration*, (1967) 42 BYBIL 1.

³⁹ Note-se que, no que se refere especificamente ao direito brasileiro, as arbitragens de direito público ainda precisam observar as regras constitucionais relativas à negociação (art. 84, VII e VIII), à aprovação do Parlamento (art. 49, I), à ratificação e adesão, além dos requisitos de eficácia interna exigidos pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (Jacob Dolinger e Carmem Tiburcio, *Direito Internacional Privado, Arbitragem Comercial Internacional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 390).

⁴⁰ Zachary Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitrations*, (2003) 74 BYBIL 151, 217.

⁴¹ F. A. Mann, *State Contracts and International Arbitration*, (1967) 42 BYBIL 1, 3.

⁴² No caso *Diverted Cargoes (Reino Unido v Grécia)*, (1955) ILR 802, decidiu-se que, na ausência de regra expressa, dever-se-ia aplicar o direito internacional, em razão da regra contida no art. 37 da Convenção de Haia de 1907.

⁴³ F. A. Mann, *Lex Facit Arbitrum*, (1986) 2(3) Arb. Int'l 241 – 260 e Lord Michael Mustill, *The Goff Lecture, Hong Kong 1996: Too Many Laws*, (1997) 63 Arbitration 248.

⁴⁴ Em sentido contrário, confira-se Jan Paulsson, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*, (1981) 30 ICLQ 358 e Thomas B. Carbonneau, *L'arbitrage en Droit Américain*, (1998) 1 Revue de l'arbitrage 3.

⁴⁵ Jacob Dolinger e Carmem Tiburcio só admitem a renúncia à imunidade de jurisdição para a apreciação da validade de atos de império pelo Poder Judiciário de outros países em situações excepcionais, tais como a inexistência de jurisdição local, urgência ou em decorrência da aplicação do princípio da efetividade (*Direito Internacional Privado, Arbitragem Comercial Internacional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 411).

⁴⁶ Em pelo menos dois casos a obrigação de honrar a cláusula compromissória, como corolário do princípio da boa-fé, foi ressaltada de forma expressa por tribunais arbitrais. No caso *Benteler*, (1984) 1 J.Int'l Arb. 184, o tribunal afirmou, muito corretamente, que se deveria rejeitar o argumento de invalidade da cláusula arbitral quando as circunstâncias do caso são tais que “*l'Etat irait contra factum proprium en la soulevant*.” No caso da Câmara de Comércio Internacional (CCI) n.º 11.559, relatado por Jacob Dolinger e Carmem Tiburcio (*Direito Internacional Privado, Arbitragem Comercial Internacional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003), o tribunal arbitral concluiu que “por respeito da vontade das partes, em tutela do princípio da boa-fé e em aplicação do princípio que proíbe o *venire contra factum proprium*, impõe-se a conclusão de que não é lícito às requeridas, em contradição com todo o seu descrito comportamento anterior, vir agora argüir a invalidade da renúncia à imunidade de jurisdição e da convenção de arbitragem que livremente acordaram com a requerente” (p. 418).

⁴⁷ George Delaume, *State Contracts and Transnational Arbitration*, (1981) 75 AJIL 784, 786. No mesmo

Acerca deste ponto, inúmeros são os laudos proferidos em arbitragens internacionais que reconhecem o princípio, acima indicado, de que a submissão à arbitragem por parte do Estado significa renúncia implícita à imunidade de jurisdição. Por exemplo, veja-se que, no caso *Libyan American Oil Co v Government of the Libyan Arab Republic (Liamco)*, o tribunal arbitral rejeitou os argumentos do Governo Líbio, afirmando, em coerência com a doutrina internacional acima indicada, que um Estado pode, validamente, renunciar à sua imunidade de jurisdição “by signing an arbitration agreement and then by staying bound by it.”^{48 49}

Sendo meramente relativa a prerrogativa do Estado de não sujeitar, ao controle do Judiciário estrangeiro, os atos de gestão por ele praticados, não é lícita a invocação da teoria da imunidade de jurisdição para negar eficácia à cláusula compromissória. Comprometeria de forma intolerável a segurança jurídica do comércio internacional, no qual o Estado se insere por iniciativa própria, e afrontaria gravemente a ordem pública internacional, se um ente público pudesse frustrar por inteiro a confiança do particular, com quem convencionou a utilização da arbitragem, negando-se a participar do respectivo procedimento. A opção do Estado pelo seu próprio Judiciário, que é legítima, deve ser declarada no momento da celebração do contrato, e não após a ocorrência da lide.

Desta forma, tem-se que a submissão à arbitragem, mediante a estipulação de cláusula compromissória, implica renúncia implícita à imunidade de jurisdição, não sendo válido ao Estado invocar esta prerrogativa para se furtar ao compromisso assumido com a sua contraparte.⁵⁰

(c) Invocação de norma local para negar validade à arbitragem internacional

Outra questão suscitada por alguns Estados para se oporem ao compromisso de arbitrar determinadas disputas consiste na alegação de que, havendo incompatibilidade jurídica entre a obrigação arbitral e alguma norma nacional, de ordem constitucional ou infraconstitucional, a cláusula compromissória seria nula, o que desoneraria o Estado da obrigação de instituir o procedimento.

Esta questão foi expressamente examinada no caso *Benteler*. O art. 1.672 (2) do Código Judiciário belga, na redação anterior à Lei de 19 de maio de 1998, continha uma regra que, aparentemente, proibia a Bélgica de participar de arbitragens comerciais.⁵¹ Com base nesta regra, portanto, o Estado belga argumentou que não estariam presentes os requisitos *subjektivos* da arbitrabilidade, o que deveria determinar a extinção do procedimento arbitral. Todavia, ressaltando o aspecto *internacional* da arbitragem, o tribunal estabeleceu uma diferença substancial entre a *capacidade interna* para participar da arbitragem e a *capacidade internacional*, afirmando que, na segunda hipótese, tal como a Corte de Cassação francesa havia decidido no caso *Galakis*, a Bélgica não estaria vinculada ao seu regramento interno, nem poderia invocá-lo para se recusar a participar de uma arbitragem por ela livremente convencionada.⁵²

⁴⁸ (1977) 62 ILR 140, 177 e 178.

⁴⁹ À mesma conclusão chegou o tribunal arbitral no caso CCI n.º 1939, de 1971, valendo-se, pela sua pertinência, transcrever o seguinte trecho do laudo: «Si certaines législations d'inspiration française (...) interdisent à l'Etat ou à une autre collectivité publique de compromettre, il est admis que cette interdiction est sans portée pour les contrats internationaux. En effet, en tant qu'il s'agit là d'une règle d'ordre public, cette interdiction ne peut se situer que dans l'ordre public interne. Tel est le sens de la jurisprudence française, maintenant bien établie et indiscutée (...) Il n'y a pas lieu d'interpréter autrement l'article (...) du Code de procédure civile de (l'Etat concerné).» (...) 'L'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe étatique, traitant avec des personnes étrangères au pays, puisse passer ouvertement, le sachant et le voulant, une clause d'arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite, que ce soit dans la procédure arbitrale ou dans la procédure d'exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole.» ((1973) Revue de l'arbitrage 122, 145 e (1982) 109 Journal du Droit International 971, 977, com comentários de Yves Derains). De igual teor foi a conclusão do tribunal arbitral no caso *Solel Boneh International v Uganda* (caso CCI n.º 2321, (1975) Journal du Droit International 938).

⁵⁰ No mesmo sentido, confirmam-se os casos: *Sapphire International Petroleum Ltd v National Iranian Oil Co.*, (1963) 35 ILR 136; *British Petroleum Exploration Co. v Libyan Arab Republic*, (1973) 53 ILR 297 e *Texaco Overseas Petroleum & California Asiatic Oil Co. v Libya*, (1977) 53 ILR 389, nos quais a renúncia implícita à imunidade de jurisdição foi admitida pelos respectivos tribunais arbitrais.

Esta questão foi expressamente examinada no caso *Benteler*. O art. 1.672 (2) do Código Judiciário belga, na redação anterior à Lei de 19 de maio de 1998, continha uma regra que, aparentemente, proibia a Bélgica de participar de arbitragens comerciais.⁵¹ Com base nesta regra, portanto, o Estado belga argumentou que não estariam presentes os requisitos *subjektivos* da arbitrabilidade, o que deveria determinar a extinção do procedimento arbitral. Todavia, ressaltando o aspecto *internacional* da arbitragem, o tribunal estabeleceu uma diferença substancial entre a *capacidade interna* para participar da arbitragem e a *capacidade internacional*, afirmando que, na segunda hipótese, tal como a Corte de Cassação francesa havia decidido no caso *Galakis*, a Bélgica não estaria vinculada ao seu regramento interno, nem poderia invocá-lo para se recusar a participar de uma arbitragem por ela livremente convencionada.⁵²

No caso *Elf Aquitaine Iran v National Iranian Oil Co.*, questão semelhante teve que ser decidida pelo árbitro único escolhido para julgar a causa. Tratava-se de um contrato celebrado em Teerã, no Irã, para a exploração e produção de petróleo, do qual constava uma cláusula compromissória. No entanto, o art. 139 da Constituição Iraniana condicionava a realização da arbitragem, não apenas à celebração da cláusula arbitral, mas também à aprovação do Conselho de Ministros e do Parlamento local, o que não teria sido obtido no caso específico. Iniciada a arbitragem, a companhia iraniana apontou, prontamente, a vedação constitucional ao prosseguimento da arbitragem, que, na sua interpretação, seria inválida se não se observassem os requisitos exigidos pelo mencionado art. 139 da Constituição do Irã. Rejeitando a tese da inadmissibilidade subjetiva da arbitragem, o árbitro único assim decidiu a questão:

*It is a recognized principle of international law that a state is bound by an arbitration clause contained in an agreement entered into by the State itself or by a company owned by the State and cannot thereafter unilaterally set aside the access of the other party to the system envisaged by the parties in their agreement for the settlement of disputes.*⁵³

Outro caso envolvendo a participação de uma empresa controlada pelo Governo iraniano e a interpretação do referido dispositivo da Constituição do Irã foi a arbitragem *Framatome v Atomic Energy Organization of Iran*, julgada em 1982,⁵⁴ na qual se decidiu que a empresa iraniana não poderia resilir unilateral-

⁵¹ Eis o dispositivo na sua redação original: «Hormis les personnes morales de droit public, quiconque a la capacité ou le pouvoir de transiger peut conclure une convention d'arbitrage. L'Etat peut conclure pareille convention lorsqu'un traité l'autorise à recourir à l'arbitrage.»

⁵² *Benteler c. l'Etat belge*, (1989) Revue de l'arbitrage 39.

⁵³ (1986) 96 ILR 251.

⁵⁴ Caso CCI n.º 3.896, (1984) Journal du Droit International 58.

mente o contrato de arbitragem invocando uma nulidade existente apenas na sua lei interna.^{55 56}

As decisões acima comentadas confirmam, de modo claro, o princípio do direito internacional costumeiro segundo o qual o *consentimento* do Estado em se submeter a uma arbitragem, ou de forma geral, à jurisdição de outros tribunais, não pode ser revogado *unilateralmente* após o surgimento da disputa, sob a invocação de que há alguma norma nacional que proíbe a realização da arbitragem.⁵⁷ Se tal fato é de extrema relevância para as arbitragens domésticas, nas quais o sistema constitucional delimita as hipóteses de sujeição do Estado à arbitragem, no direito internacional a eventual incompatibilidade jurídica da convenção de arbitragem com a legislação interna do Estado contratante não é suficiente para afastar a jurisdição dos árbitros para julgar o procedimento arbitral.

Portanto, no que se refere às arbitragens *internacionais*, o princípio assentado é o de que não pode o Estado contratante, com o objetivo de se eximir do compromisso firmado, invocar, *ex post factum*, regras do seu direito nacional para argüir a invalidade da cláusula compromissória.⁵⁸ Nestas hipóteses, deverá o tribunal arbitral desconsiderar tais alegações suscitadas pelo Estado, que, como se expôs, não impedem a prolação da sentença arbitral.⁵⁹

⁵⁵ «Il est superflu d'ajouter qu'un principe général, aujourd'hui universellement reconnu tant dans les rapports internationaux privés (que ce principe soit considéré comme d'ordre public international, comme appartenant aux usages du commerce international ou aux principes reconnus tant par le droit des gens que par le droit de l'arbitrage international ou la '*lex mercatoria*') interdirait de toute façon à l'Etat iranien — même s'il en avait eu l'intention, ce qui n'est pas le cas — de renier l'engagement d'arbitrage qu'il aurait souscrit lui-même ou qu'un organisme public comme l'AEOI aurait souscrit précédemment. La position du droit positif contemporain des relations Internationales est bien résumée par le Juge Jimenez de Arechaga, ancien Président de la Cour Internationale de Justice, qui écrit (dans une étude des *Mélanges Gidel* (1961) p. 367 s.) qu'un gouvernement engagé par la clause arbitrale — et l'observation vaut aussi bien pour les engagements pris directement que pour ceux qui ont été pris par l'intermédiaire d'un organisme public, comme en l'espèce — 'ne peut pas se libérer valablement de cette obligation par le fait de sa propre volonté, comme par exemple par un changement de son droit interne ou par une résiliation unilatérale du contrat.»

⁵⁶ A mesma solução foi adotada na jurisprudência americana no caso *Ipirtrade International S.A. v Federal Republic of Nigéria* (465 F. Supp. 824), onde se decidiu que, com base no *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, a celebração de cláusula compromissória significava renúncia à imunidade de jurisdição, não podendo o Estado nigeriano pretender revogar unilateralmente a cláusula arbitral.

⁵⁷ Este princípio foi expressamente contemplado pelo art. 25 da *Convenção sobre Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados*, celebrada em Washington em 1965 (Convenção de Washington de 1965), que assim dispõe: "When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally".

⁵⁸ Foi o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp. n.º 712.566 – RJ, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi: "(...) *Nos contratos internacionais, devem prevalecer os princípios gerais de direito internacional em detrimento da normatização específica de cada país, o que justifica a análise da cláusula arbitral sob a ótica do Protocolo de Genebra de 1923*". (destacou-se).

⁵⁹ Estes precedentes, logicamente, não resolvem o problema de o Estado recalcitrante decidir se opor ao reconhecimento e à execução do laudo arbitral *no seu próprio território*, com fundamento, por exemplo, no art. V(2)(a) e (b) da Convenção de Nova Iorque ou no art. 5º (2)(a) e (b) da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá, de 1975 (incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto n.º 1.902, de 09.5.96), em razão da não observância, no procedimento arbitral, de alguma regra de aplicação cogente exigida pelo país do reconhecimento do laudo. Nessas situações, o laudo é, do ponto de vista do direito internacional, válido, o que não significa que não possa haver dificuldade no processo de reconhecimento dele no território do Estado réu.

(d) Aprovação ou ratificação de contratos firmados por entidades ou órgãos subordinados ao Estado

Não se pode perder de vista o fato de que, ainda que o Estado atue em igualdade de condições com os particulares, há determinadas formalidades que precisam ser observadas para que se possa verificar se o Estado consentiu com a celebração de uma cláusula compromissória. Caberá, em regra, ao direito interno, em especial ao direito constitucional, indicar que autoridades representam o Estado e podem firmar compromissos em seu nome, e a inobservância desta formalidade pode tornar a cláusula arbitral nula ou inoponível ao Estado ou a uma empresa integrante da sua administração indireta, especialmente se a parte contrária conhecer o vício.⁶⁰

Há, além disso, situações em que um determinado empreendimento de interesse do Estado não é executado diretamente por ele, ou pode ocorrer que, pelo regramento nacional, a negociação e a celebração de contratos em um determinado setor tenham sido delegados, por lei, da autoridade central para algum departamento ou agência encarregada da realização e fiscalização daquele segmento, muito embora o beneficiário final do negócio continue a ser o próprio Estado.⁶¹ Nestas circunstâncias, pode haver certa dúvida acerca de quem deve figurar no pólo passivo da arbitragem, seja porque a cláusula arbitral não é clara quanto à aceitação, pelo Estado ou pelas sociedades por ele controladas, do compromisso, ou ainda porque a sua simples interveniência não significa, necessariamente, a aceitação da cláusula arbitral.

Como se sabe, o consentimento é a pedra angular da arbitragem, e, em regra, as Cortes judiciais e os tribunais arbitrais se recusam a tratar uma pessoa, física ou jurídica, como parte do contrato se ela não houver, expressa ou implicitamente, anuído com a escolha do procedimento — o que, de regra, se prova mediante a demonstração da aposição da sua assinatura no contrato.⁶² A questão que se examina agora, portanto, é a de se saber em que circunstâncias a existência de uma *comunhão de direitos e interesses* justifica a vinculação do Estado em uma arbitragem convencionada por uma entidade por ele controlada.

Em 1974, a *Egoth (Egyptian General Company for Tourism and Hotels)*, uma empresa controlada pelo governo egípcio, celebrou com a *Southern Pacific Properties (SPP)*, de Hong Kong, um contrato para a construção de um amplo complexo de turismo próximo às pirâmides do Egito (denominado *Pyramids Oasis Project*), do qual constava uma cláusula arbitral da Câmara de Comércio Internacional (CCI), com estipulação da sede da arbitragem em Paris. Ao final deste contrato, além das assinaturas das partes, havia a expressão "*aprovado, de acordo e ratificado*", com a assinatura do Ministro do Turismo egípcio. Em 1978, o projeto foi cancelado e a SPP instaurou uma arbitragem contra a *Egoth* e o Estado egípcio, postulando o recebimento de uma indenização de cerca de US\$ 42

⁶⁰ Há quem sustente que, no âmbito das arbitragens internacionais, seria possível aplicar a *teoria da aparência* para, nos casos de vício de representação do Estado, considerá-lo vinculado à arbitragem a despeito dessa irregularidade (K. I. Vibuhute, *Waiver of State Immunity by an Agreement to Arbitrate and International Commercial Arbitration*, (1998) *Journal of Business Law* 550, 558).

⁶¹ É o que ocorre, v.g., no caso dos contratos de concessão nos setores das telecomunicações e do petróleo, que, por força do art. 19, VI, da Lei 9.472/97 e do art. 8º, IV, da Lei 9.478/97, são celebrados pelas respectivas agências reguladoras e não pela União.

⁶² Bernard Hanotiau, *Problems Raised by Complex Arbitration Involving Multiple Contracts-Parties-Issues*, (2001) 18(3) *J.Int'l Arb* 251, 369.

milhões. O Estado egípcio se opôs enfaticamente à arbitragem, argumentando, em síntese, que não havia aderido à cláusula compromissória, devendo a expressão “*aprovado, de acordo e ratificado*” ser entendida como mera aprovação do projeto pelas autoridades competentes, e não como renúncia do Egito à sua jurisdição. O tribunal arbitral, no entanto, concluiu que a cláusula arbitral vinculava o Egito e o condenou a pagar cerca de US\$ 16 milhões por perdas e danos.⁶³

No entanto, inconformado com o resultado da sentença arbitral, o Egito propôs uma ação de anulação, que foi julgada procedente pela Corte de Apelação de Paris e posteriormente confirmada pela Corte de Cassação francesa, que esclareceu alguns pontos fundamentais. Em primeiro lugar, a decisão deixa claro que a apresentação de defesa de mérito na arbitragem não significa renúncia à imunidade de jurisdição, desde que, primeiramente, o Estado se oponha à jurisdição do tribunal arbitral mediante a apresentação de defesa expressa (veja-se que nem mesmo a assinatura da ata de missão pelo Egito foi considerada, pela Corte de Cassação, como prova de renúncia implícita à imunidade de jurisdição).⁶⁴ Em segundo lugar, a Corte esclareceu que a palavra final acerca da validade e da própria existência da cláusula arbitral *não é dos árbitros*, mas sim do Judiciário francês, que, por força dos artigos 1.502 e 1.504 do Novo Código de Processo Civil,⁶⁵ pode rever a interpretação dada a ela pelos árbitros, em especial no que se refere à competência do tribunal arbitral.⁶⁶ Por fim, considerando-se a personalidade jurídica

⁶³ *Southern Pacific Properties Ltd v Arab Republic of Egypt*, (1983) 22 ILM 752.

⁶⁴ Cf. o art. 20 da Lei Brasileira de Arbitragem e o acórdão do Superior Tribunal de Justiça na SEC n.º 856, Corte Especial, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, in DJU de 27.6.05, p. 203.

⁶⁵ «Art. 1502 : L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants: 1° - si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée; 2° - le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné; 3° - si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée; 4° - lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté; 5° - si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international.»

«Art. 1504: La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 1502. L'ordonnance qui accorde l'exécution de cette sentence n'est susceptible d'aucun recours. Toutefois, le recours en annulation emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge de l'exécution ou dessaisissement de ce juge.»

⁶⁶ No mesmo sentido foi a decisão da Suprema Corte americana no caso *First Option of Chicago Inc v Kaplan et al*, (1995) 514 US 938, na qual se decidiu: “On the record before us, First Options cannot show that the Kaplans clearly agreed to have the arbitrators decide (i.e., to arbitrate) the question of arbitrability. First Options relies on the Kaplans' filing with the arbitrators a written memorandum objecting to the arbitrators' jurisdiction. But merely arguing the arbitrability issue to an arbitrator does not indicate a clear willingness to arbitrate that issue, i.e., a willingness to be effectively bound by the arbitrator's decision on that point. To the contrary, insofar as the Kaplans were forcefully objecting to the arbitrators deciding their dispute with First Options, one naturally would think that they did not want the arbitrators to have binding authority over them. This conclusion draws added support from (1) an obvious explanation for the Kaplans' presence before the arbitrators (i.e., that MKI, Mr. Kaplan's wholly owned firm, was arbitrating workout agreement matters); and (2) Third Circuit law that suggested that the Kaplans might argue arbitrability to the arbitrators without losing their right to independent court review. (...) We conclude that, because the Kaplans did not clearly agree to submit the question of arbitrability to arbitration, the Court of Appeals was correct in finding that the arbitrability of the Kaplan/First Options dispute was subject to independent review by the courts” (destacou-se). Confira-se, no mesmo sentido, o aresto do Judiciário britânico no caso *Azov Shipping Co v Baltic Shipping Co (no 3)*, onde também se assentou o princípio de que a decisão dos árbitros acerca da sua jurisdição não é final, podendo ser revista pelo Judiciário: “The right to apply under s. 67 is not qualified by any requirement for the applicant to obtain the leave of the Court. It is

própria da entidade egípcia *Egoth*, inconfundível com a do seu controlador, a cláusula compromissória não poderia vincular o Egito, que, por intermédio do seu Ministro do Turismo, se limitou a endossar um projeto que seria conduzido, de forma independente e autônoma, por uma empresa sob o seu controle, sem que se pudesse interpretar de tal comportamento a intenção implícita do Estado egípcio de se vincular ao procedimento arbitral.^{67 68}

A conclusão diversa chegou o tribunal arbitral no caso *Texaco Overseas Petroleum & California Asiatic Oil Co. v Libya (Topco)*.⁶⁹ Após a nacionalização das companhias de petróleo pelo governo líbio, a *Texaco* e a *California Asiatic* instauraram procedimento de arbitragem contra a Líbia com fundamento na Lei do Petróleo de 1955 e na cláusula 28 do contrato de concessão para a exploração de petróleo naquele país. Invocando a teoria da imunidade absoluta, a Líbia se recusou a indicar árbitro e, de modo geral, a participar do procedimento, o que obrigou as companhias americanas a pedirem ao presidente da Corte Internacional de Justiça a designação de árbitro único. Em correspondência ao referido presidente, a Líbia, entre outros argumentos, alegou que os contratos de concessão haviam sido firmados apenas pelo Ministro do Petróleo e, portanto, não vinculavam o Estado líbio.

Em laudo preliminar acerca da jurisdição do tribunal, o árbitro, professor R.J. Dupuy, entendeu que o Ministro do Petróleo, ao assinar o contrato de concessão, agiu como simples *órgão* do Governo líbio,⁷⁰ devidamente qualificado e autorizado para a prática do ato, e, conseqüentemente, tal conduta vinculava a Líbia ao processo arbitral. Não havia, contrariamente ao que alegava o Governo líbio, qualquer relação jurídica *autônoma* entre as empresas americanas e o Ministro do Petróleo a ponto de justificar o argumento de inoponibilidade da cláusula compromissória suscitado pela Líbia.

Em outra arbitragem, desta vez envolvendo a *Westland Helicopters*, os Estados do Egito, Catar, Arábia Saudita e Emirados Árabes Unidos e a AOI (acrônimo em inglês da Organização Árabe para a Industrialização), a questão da vinculação dos Estados à arbitragem em decorrência de contratos firmados por entidades por eles criadas foi novamente apreciada. Em 1975, os quatro Estados acima indicados firmaram um tratado, no qual, dentre outras providências, estabeleciam a criação da AOI, cuja finalidade seria a de desenvolver uma indústria bélica em benefício dos seus signatários. Em 1978, a AOI e a *Westland Helicopters Ltd.*, companhia que fabricava helicópteros, concluíram um contrato (denominado de acordo de acionistas e do qual constava uma cláusula de arbitragem), cujo objeto seria a criação de uma outra sociedade (denominada “*The Arab British Helicopter Company*”). Entre outras atividades, esta companhia havia sido encarregada de administrar a fabricação e a comercialização dos helicópteros “*Linx*”, desenvolvidos pela *Westland*. Como, posteriormente, o Catar, a Arábia Saudita e os

intended to reflect the principles that, whereas an arbitrator has a limited jurisdiction of a provisional nature in line with the internationally accepted doctrine of Kompetenz-Kompetenz, his determination cannot be conclusive between the parties because of the nature of the intrinsic issue, for his jurisdiction can only be founded on the very mutual assent which is in issue.” ((1999) 2 All ER (Comm) 453 – destacou-se).

⁶⁷ (1984) 86 I.L.R. 475.

⁶⁸ No mesmo sentido, o caso CCI n.º 8035 (1995), *Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI* (1996-2000), Kluwer Law International, 2003, pp.455-460.

⁶⁹ (1977) 53 I.L.R. 389.

⁷⁰ Quanto à aplicação da teoria organicista dos atos administrativos, veja-se Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 1994, p. 63.

Emirados Árabes Unidos decidiram se retirar da AOI (o que, na prática, esvaziava o negócio), a *Westland* iniciou arbitragem contra a AOI e os quatro Estados controladores daquela sociedade. No seu laudo, o tribunal arbitral entendeu que a criação, pelos Estados, da AOI, significava renúncia à imunidade de jurisdição com relação às obrigações contraídas pela AOI e os sujeitava ao procedimento arbitral instituído pela *Westland*.⁷¹

Abram-se parênteses para se esclarecer que, no contexto específico dos grupos de contratos ou de sociedades, a questão do *comportamento da parte*, como manifestação, expressa ou implícita, do consentimento ao procedimento arbitral, é crucial. Há considerável suporte doutrinário e jurisprudencial indicando que, a menos que exista alguma cláusula em um contrato, que torne incompatível a adoção da arbitragem prevista em outro acordo, é, em tese, admissível a reunião de todas as questões existentes entre as partes em um único procedimento arbitral, que as decidirá por inteiro, desde que se prove que a unificação decorre da vontade das partes.⁷²

No entanto, e a exemplo do que havia ocorrido no caso *Southern Pacific Properties Ltd v Arab Republic of Egypt*, a sentença arbitral foi parcialmente anulada pelo Tribunal Federal suíço,⁷³ que entendeu ser inadmissível estender os efeitos da cláusula arbitral firmada pela AOI aos seus controladores estatais. De acordo com a Corte suíça, a personalidade jurídica conferida à AOI, bem como a sua autonomia, nela incluída a outorga de poderes expressos para firmar o compromisso arbitral, demonstravam, de maneira inequívoca, a total independência daquela organização em relação aos Estados que a criaram, o que tornava inaceitável admitir que um contrato firmado por ela pudesse vincular os Estados sem o consentimento expresso deles.

Outra situação que pode trazer inconvenientes graves à implementação da arbitragem é a possibilidade de um Estado, contrário à realização do procedimento arbitral — ao invés de invocar o argumento da imunidade ou sustentar que a matéria em disputa é insuscetível de solução por arbitragem —, decidir *extinguir* a empresa estatal que havia firmado a cláusula compromissória, inviabilizando, desta forma, o procedimento concebido pelas partes para a composição de controvérsias e o eventual recebimento de um crédito previsto no contrato. Desnecessário dizer-se que, nestas hipóteses, a solução para o problema dependerá da lei aplicável quanto à sucessão de obrigações, mas deve-se ter sempre em mente que o resultado final deste tipo de situação pode ser desastroso se não houver uma previsão expressa no contrato a seu respeito.

Neste sentido, no caso *Société des Grands Travaux de Marseille (SGTM) v East Pakistan Industrial Development Corporation (EPIDIC)*,⁷⁴ apreciado pelo Judiciário suíço, anulou-se um laudo arbitral porque se entendeu que a cláusula compromissória, firmada entre aquelas duas empresas, não poderia vincular a empresa sucessora da EPIDIC, a Bangladesh Industrial Development Corporation (BIDC), nem o governo de Bangladesh, que, unilateralmente, extinguiu a EPIDIC,

⁷¹ *Westland Helicopters v Egipto, Catar, Arábia Saudita, Emirados Árabes Unidos e AOI* (the Arab Organization for Industrialization), caso CCI n.º 3879, (1984) 23 ILM 1071.

⁷² Bernard Hanotiau, *Problems Raised by Complex Arbitration Involving Multiple Contracts-Parties-Issues*, (2001) 18(3) J.Int'l Arb. 251, 272.

⁷³ (1989) 28 ILM 687. A anulação foi parcial porque os Estados da Arábia Saudita, dos Emirados Árabes Unidos e do Catar não propuseram a ação de anulação da sentença arbitral, tornando esta definitiva para eles.

⁷⁴ (1980) V YBCA 217.

tornou as suas dívidas inexigíveis e declarou nulas as cláusulas compromissórias firmadas por esta sociedade.⁷⁵

Veja-se que a extensão da cláusula arbitral a outras pessoas jurídicas relacionadas pelo vínculo de controle tem sido admitida pela jurisprudência francesa quando se puder demonstrar, por implicação, existir uma *vontade comum* de ter todas as disputas solucionadas por um único tribunal arbitral.⁷⁶ No entanto, o Judiciário suíço, como demonstra o exame dos casos tratados nesta seção, continua refratário à idéia de aceitar a extensão da cláusula arbitral para aquelas entidades que não firmaram o compromisso, ao menos de forma implícita,⁷⁷ entendimento que também tem prevalecido no direito inglês em observância do princípio da relatividade dos contratos. Ademais, mesmo nos casos em que se admite a extensão dos efeitos da cláusula compromissória, exige-se a *prova da intenção*, ainda que implícita, das partes não signatárias da cláusula de se vincularem aos efeitos dela.⁷⁸

Como se percebe, a análise dos casos aqui apreciados parece indicar uma tendência no direito internacional — em observância da regra geral de que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros, consubstanciada no princípio *societas distat a singuli* e no da relatividade dos contratos —, em não estender os efeitos da cláusula compromissória, firmada por sociedades paraestatais, ao Estado, a menos que se demonstre a sua intenção de renunciar à imunidade de jurisdição.

(e) Arbitrabilidade objetiva dos contratos com o Estado

A opção pelo procedimento arbitral não é uma escolha que dependa, apenas e tão-somente, da capacidade da parte para contratar este método alternativo de composição de conflitos, perdoe-se o truísmo. Há que se determinar, ainda, se a *matéria* que se pretende submeter ao juízo arbitral é passível de solução mediante arbitragem. É o que se costuma denominar por *arbitrabilidade objetiva*, que delimita o escopo das *questões* que podem ser apreciadas no procedimento arbitral. Veja-se que, por opção de política legislativa, as legislações nacionais reservam, com exclusividade, certas matérias ao seu Poder Judiciário, por considerá-las de tal maneira relevante a ponto de excluir o seu exame do âmbito da arbitragem.⁷⁹

⁷⁵ Veja-se que essa decisão foi objeto de severas críticas de George R. Delaume, *State Contracts and Transnational Arbitration*, (1981) 75 AJIL 784, 790 e Pierre Lalive, em notas ao caso, (1980) V YBCA 217.

⁷⁶ Acerca do assunto, confira-se o caso *Dow Chemical*, CCI n.º 4131 de 1982, (1984) *Revue de l'arbitrage* 137.

⁷⁷ “En résumé, le droit suisse ignore la notion de groupe de sociétés (...) et s'en tient résolument à l'indépendance juridique de la société par rapport à son actionnaire unique ou de la filiale par rapport à la société mère. On ne peut s'en écarter que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, où le fait de recourir à l'intermédiaire d'une telle filiale pour se soustraire à ses propres obligations constituerait une fraude à la loi ou un abus de droit manifeste” (J. F. Poudret, *L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse*, (1995) *Journal du Droit International* 893, 913).

⁷⁸ Bernard Hanotiau, *Problems Raised by Complex Arbitration Involving Multiple Contracts-Parties-Issues*, (2001) 18(3) J.Int'l Arb. 251, 296-297.

⁷⁹ Cf., e.g., o art. 92 do Código de Processo Civil (“Compete, porém, exclusivamente ao juiz de direito processar e julgar: I — o processo de insolvência; II — as ações concernentes ao estado e à capacidade das pessoas”) e o art. 852 do Código Civil (“É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”).

Um dos critérios utilizados para se determinar a inarbitrabilidade objetiva de um litígio decorre da alegação de que a matéria discutida, pela sua própria natureza, afeta a *ordem pública*, e, por esta razão, deve ser decidida, com exclusividade, pelo Poder Judiciário competente. Neste sentido, o direito francês, no citado art. 2.060 do Código Civil, veda a arbitragem acerca das questões de estado, das relativas ao divórcio, à separação de corpos ou às coletividades públicas, e, de modo geral, de todas aquelas matérias que interessem à *ordem pública*.

A censura que se costuma fazer à adoção radical deste critério é a de que, por ser a ordem pública um conceito necessariamente vago e indeterminado, a sua aplicação indiscriminada, especialmente nas arbitragens internacionais, poderia tornar, na prática, sem utilidade o procedimento em inúmeras situações. Assim, a natureza cogente de uma determinada lei não impede que a disputa seja submetida à arbitragem, cabendo ao Poder Judiciário determinar, no procedimento de anulação da sentença arbitral, ou por ocasião da execução dela, se a regra de incidência obrigatória foi corretamente aplicada pelos árbitros.⁸⁰

Outro método de definição objetiva da arbitrabilidade é a adoção do caráter *patrimonial* da disputa, escolhido, expressamente, pelo art. 177(1) da Lei Suíça de Direito Internacional Privado de 1987, para as arbitragens internacionais,⁸¹ o que, seguramente, torna mais simples a tarefa de se definirem as questões suscetíveis de composição por arbitragem.⁸² Por este parâmetro, toda matéria patrimonial pode ser apreciada em procedimento arbitral, sem necessidade de se indagar acerca de outros aspectos da disputa, tais como a indisponibilidade do direito ou a ordem pública.⁸³

Por fim, pode-se determinar o escopo da arbitrabilidade em razão da *disponibilidade* do direito controvertido, que, com certa frequência, é definido como sendo aquele suscetível de ser objeto de transação. Com efeito, na Bélgica, o art. 1.676(1) do Código Judiciário estabelece que “*Tout différend déjà né ou qui pourrait naître d'un rapport de droit déterminé et sur lequel il est permis de transiger, peut faire l'objet d'une convention d'arbitrage*”, deixando-se a cargo da legislação e da doutrina a definição das hipóteses em que os direitos, por serem disponíveis, se sujeitam a transação e, conseqüentemente, podem ser discutidos em arbitragem.⁸⁴ No direito italiano, veda-se, no art. 806 do *Codice de Procedura Civile*, a arbitragem acerca de questões trabalhistas, previdenciárias, as relativas às questões de estado, de separação entre cônjuges e “*le altre che non possono formare oggetto di transazione*”. No direito português, pode-se subme-

⁸⁰ Ricardo Ramalho Almeida, *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, pp. 80-83.

⁸¹ “Art. 177. Arbitrabilité. 1. Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage.”

⁸² Segundo o §1030 (1) do ZPO alemão, sujeitam-se à arbitragem as pretensões de natureza econômica.

⁸³ Ricardo Ramalho Almeida, *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, pp. 90-91.

⁸⁴ O exame da legislação belga indica que certas disputas não podem ser submetidas a arbitragem, como, v.g., as relativas ao direito do trabalho (art. 13 da Lei de 3 de julho de 1976 acerca de contratos de trabalho e o art. 1678(2) do Código Judiciário, segundo o qual a cláusula compromissória relativa a disputas sujeitas à competência da Justiça do Trabalho belga só poderá ser firmada após o surgimento do conflito); as concernentes ao direito securitário (art. 36 da Lei de 25 de junho de 1992) e aquelas pertinentes à Lei de Marcas e Patentes de 28 de março de 1984. Além disso, note-se que os arts. 1.703 e 1.704(2)(a) do Código Judiciário belga proíbem a prolação de sentenças arbitrais contrárias à *ordem pública*.

ter à arbitragem “*qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis*”,⁸⁵ critério que, com algumas variações de estilo, também foi acolhido pelo 2º da *Ley de Arbitraje* espanhola⁸⁶ e pelo art. 1º da Lei Brasileira de Arbitragem, que, combinando os critérios da *patrimonialidade* com o da *disponibilidade*, não faz referência à transação e nem adota a ordem pública como critério de definição da arbitrabilidade de uma disputa.⁸⁷

Note-se que, como não poderia deixar de ser, a fixação do que seja direito *disponível* varia consideravelmente de um país para o outro,⁸⁸ em razão das óbvias diferenças culturais e ideológicas entre eles. Para facilitar a exposição do argumento, tome-se um exemplo singelo. Imagine-se que certo negócio jurídico, realizado entre duas empresas de grande porte, possa ter repercussões não apenas em relação aos próprios interessados, mas afete, de algum modo, a concorrência, a ponto de envolver questões relativas ao direito antitruste. Seria tal matéria suscetível de discussão em arbitragem?

No direito americano, ressalta-se o precedente do conhecido caso *Mitsubishi Motors v Soler Chrysler-Plymouth*, no qual a Suprema Corte Americana admitiu, expressamente, a arbitrabilidade das questões antitruste.⁸⁹ Entre nós, o tema vem sendo tratado pela doutrina, que tem admitido a arbitrabilidade da questão ao menos no que se refere aos efeitos patrimoniais da legislação da concorrência,⁹⁰ sem que tenha havido, por enquanto, manifestação judicial específica acerca da questão.

E as diferenças de percepção acerca dos temas suscetíveis de solução por arbitragem se desdobram porque a questão da arbitrabilidade objetiva pode ser apreciada tanto pelo Judiciário do lugar da arbitragem, como pelo Judiciário do país no qual se busca o reconhecimento e a execução da sentença arbitral, o que torna a definição do que seja arbitrável extremamente relevante se se pretende proferir um laudo efetivamente exequível.

No que se refere aos contratos com o Estado, a questão que surge em tema de arbitrabilidade é a alegada impossibilidade de se sujeitar tais contratos, em razão da sua natureza, à apreciação de um tribunal arbitral. Segundo se alega,

⁸⁵ Lei n.º 31 de 1986.

⁸⁶ Lei n.º 60, de 23 de dezembro de 2003.

⁸⁷ Pedro Paulo Sales Cristofaro e Rafael de Moura Rangel Ney, *Possibilidade de aplicação das normas do direito antitruste pelo juízo arbitral, Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e da prática*, Ricardo Ramalho Almeida (coord.), Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 351.

⁸⁸ Entre nós, Carlos Alberto Carmona sustenta que “um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto” (*Arbitragem e processo*, Atlas, São Paulo, 2004, p.56)

⁸⁹ (1985) 473 U.S. 614: “Respondent’s antitrust claims are arbitrable pursuant to the Arbitration Act. Concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes, all require enforcement of the arbitration clause in question, even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context.”

⁹⁰ Pedro Paulo Sales Cristofaro e Rafael de Moura Rangel Ney sustentam que o juízo arbitral “pode decidir controvérsias que demandem a aplicação do Direito Antitruste, sem que isso implique na necessidade de remessa da questão ao Juízo estatal, sendo inaplicável, na espécie, o artigo 25 da Lei n.º 9.307/96.” (*Possibilidade de aplicação das normas do direito antitruste pelo juízo arbitral, Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e da prática*, Ricardo Ramalho Almeida (coord.), Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 359).

seja porque tais contratos envolveriam o exame de interesses indisponíveis — pois a supremacia do interesse público, sobre o do particular, conferiria, de modo inevitável, esta característica ao direito discutido —, ou ainda porque, nestas hipóteses, as leis de processo outorgariam competência exclusiva e inderrogável ao Judiciário local para o julgamento de tais questões, a apreciação desta matéria não poderia ser realizada em processo arbitral pelo critério objetivo.

Em primeiro lugar, percebe-se que o simples fato de a administração pública figurar com parte de uma relação contratual não significa que o contrato será, necessariamente, *administrativo*.⁹¹ Como se sabe, muito embora a presença do Estado em um negócio bilateral seja suficiente para qualificá-lo como *contrato da administração*, a diferença entre as duas modalidades contratuais reside na incidência, nos contratos administrativos, das denominadas *cláusulas exorbitantes*, que conferem à administração pública certas prerrogativas e privilégios incompatíveis com o regime de direito privado.⁹²

Já nos *contratos da administração*, reconhecidos, entre nós, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁹³ e pela doutrina,⁹⁴ o Estado ostenta posição de *igualdade* perante o particular, sendo válido convencionar-se que as normas comuns de direito privado regerão a disciplina do negócio jurídico por eles celebrado. Ademais, se os atos praticados pelo Estado são daqueles que se podem qualificar como *atos de gestão*, não há porque, ausente vedação expressa em lei (como ocorre, *e.g.*, na França, por força do art. 2.060 do Código Civil, para as arbitragens domésticas), negar-se a arbitrabilidade da disputa apenas porque uma das partes do contrato é o Estado ou porque o contrato discutido foi por este firmado.^{95 96}

Na caso CCI n.º 6162 a discussão acerca da *natureza* do contrato celebrado pela administração, e a repercussão dela no procedimento arbitral, foi expressamente enfrentada pelo tribunal. Tratava-se de um contrato firmado entre uma empresa de consultoria francesa e uma empresa pública egípcia, do qual cons-

tava uma cláusula arbitral da CCI, que previa arbitragem na Suíça. Instaurada a arbitragem, a parte egípcia alegou que a matéria submetida não poderia ser apreciada, tendo em vista que o direito egípcio, aplicável no caso, conferiria competência exclusiva ao Judiciário daquele país para decidir acerca da validade e eficácia de contratos administrativos. Invocando a lei suíça de arbitragem (*lex loci arbitri*), que considerava arbitrável este tipo de controvérsia, o tribunal rejeitou os argumentos da empresa egípcia, reconhecendo a sua jurisdição para julgar a causa.⁹⁷

Lembre-se, todavia, que a arbitrabilidade não é um aspecto que se possa definir, com exclusividade, pelo Poder Judiciário do lugar do procedimento, permitindo-se ao Judiciário do *exequatur* também decidir se a matéria era passível de solução mediante arbitragem.⁹⁸

Foi o que ocorreu no processo de reconhecimento do laudo proferido no citado caso *Libyan American Oil Co v Government of the Libyan Arab Republic (Liamco)*, realizado perante o Poder Judiciário norte-americano, no qual se decidiu que a renúncia à imunidade de jurisdição não tornava a matéria controvertida — consistente no exame da validade da decisão do Governo líbio de expropriar os bens da *Liamco* e de estipular um valor determinado a título de indenização — passível de solução mediante arbitragem. Invocando a doutrina do *act of state*,⁹⁹ o Judiciário americano negou reconhecimento à sentença arbitral, por entender aplicável a regra do art. V(2)(a) da Convenção de Nova Iorque.^{100 101}

Como se vê, o exame específico da natureza jurídica da relação firmada com o Estado é fundamental para se determinar a arbitrabilidade objetiva do tema submetido aos árbitros. De forma geral, e a exemplo do que se expôs acerca da imunidade de jurisdição, pode-se afirmar que a simples presença do Estado em uma determinada relação contratual não torna indisponível o direito, nem transforma a *quaestio juris* insuscetível de solução mediante arbitragem. Somente naquelas hipóteses em que o ato estatal estiver sujeito ao regramento de direito público, com a incidência inafastável de regras *ex orbita*, e for imperativa a observância de certas prerrogativas concedidas ao Estado, justificáveis em razão do interesse que ele pretende tutelar, é que se poderá afastar a arbitragem como forma de solução de controvérsias envolvendo o Estado ou as suas instrumentalidades.

(f) O princípio da *Kompetenz-Kompetenz* e a autonomia da cláusula compromissória nas arbitragens com o Estado

Dentre a miríade de questões que envolvem a participação do Estado nas arbitragens comerciais está a da *competência* dos árbitros para apreciar, com primazia, as alegações de imunidade ou não arbitrabilidade objetiva dos contratos celebrados com os particulares. Em síntese, o argumento contrário a esta compe-

⁹⁷ (1992) XVII YBCA 153.

⁹⁸ Art. V(2)(a) da Convenção de Nova Iorque de 1958.

⁹⁹ Segundo esta teoria, os atos de um Estado soberano não se sujeitam a controle por parte das Cortes Judiciais de outro país (*Corpus Juris Secundum*, vol. 48, 2ª ed., ed. West Publishing Co., St. Paul, 1987, p. 48).

¹⁰⁰ 482 F. Supp. 1175. Não houve recurso desta decisão em razão de acordo firmado entre as partes.

¹⁰¹ Veja-se que o 9 USC 15, dos Estados Unidos, modificou esta regra. Agora, um laudo arbitral estrangeiro não deixará de ser reconhecido e executado com base na doutrina do *act of state* ("Enforcement of arbitral agreements, confirmation of arbitral awards, and execution upon judgments based on orders confirming such awards shall not be refused on the basis of the Act of State doctrine.")

tência reside na afirmativa de que, sendo ilícita a participação do Estado em uma arbitragem, caberia ao Judiciário do próprio Estado, e não a um tribunal instituído com fundamento em contrato, determinar se a cláusula compromissória seria válida ou não, especialmente naquelas hipóteses em que se alega a sua nulidade por afronta a alguma norma de aplicação cogente, prevista na lei nacional.

É princípio já assente no direito internacional o de que a competência para a determinação da própria competência cabe, primeiramente, aos árbitros, como projeção, no âmbito do procedimento arbitral, do princípio da autonomia da vontade, que levou os contratantes a estipularem a cláusula compromissória. E a lógica justificadora deste princípio reside na necessidade de se estabelecer um mecanismo jurídico eficaz, que garanta às partes que celebram contratos com Estados estrangeiros o acesso a um tribunal neutro e independente, inclusive para apreciar questões relativas à sua jurisdição, nas hipóteses em que a disputa não puder ser solucionada amigavelmente.¹⁰²

Veja-se que este preceito, que se aplica, indistintamente, a qualquer arbitragem, é especialmente importante no caso dos contratos firmados com o Estado por duas razões: primeiramente, porque pouca utilidade teria a cláusula compromissória se se permitisse que as partes submetessem ao Judiciário o exame *prévio* da própria competência do tribunal arbitral sempre que houvesse algum desacordo acerca dos limites e da validade da cláusula arbitral. Caso se admitisse esta hipótese, o procedimento escolhido pelas partes, dentre outros motivos, pela sua celeridade, ficaria irremediavelmente comprometido, especialmente porque o Judiciário, nesta situação, deverá observar regras processuais que concedem certos benefícios ao Estado.¹⁰³ Além disso, o afastamento do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* significaria, em regra, que o Estado poderia discutir a validade da cláusula compromissória perante o seu próprio Judiciário, o que, certamente, colocaria em posição de desvantagem o particular, que, nas arbitragens internacionais, invariavelmente se sente como forasteiro. São por estas razões que se afirma, muito corretamente, que os árbitros são os juízes da sua própria competência.^{104 105}

Além disso, tem-se entendido que a alegação do Estado de que um determinado contrato é nulo — ainda que tal argumentação decorra de norma legislativa cogente editada pelo Estado — não implica a nulidade da cláusula compromissória, que, por ser independente e autônoma em relação ao contrato no qual ela se contém, sobrevive à anulação do ato determinado pelo próprio Poder Público.¹⁰⁶

¹⁰² *Elf Aquitaine Iran v National Iranian Oil Co.*, (1986) 96 ILR 251.

¹⁰³ Confira-se, a título meramente exemplificativo, a regra do art. 188 do Código de Processo Civil brasileiro.

¹⁰⁴ *Texaco Overseas Petroleum & California Asiatic Oil Co. v Libya*, (1977) 53 ILR 389, 402-13: “9. It is for the sole arbitrator, and for him alone, to render a decision on his own jurisdiction by virtue of a traditional rule followed by international case law and unanimously recognized by the writings of legal scholars. International case law has continuously confirmed that arbitrators are necessarily the judges of their own jurisdiction, since Lord Chancellor Loughborough in the *Betsey* case decided to adopt that rule. That same rule has been expressly confirmed in the contemporary era by several decisions of the International Court of Justice, notably in the *Nottebohm* case and by the judgment relating to the *Case Concerning the Arbitral Award Made by the King of Spain 23, 1906*. It has been formally adopted in a great number of international instruments”.

¹⁰⁵ No mesmo sentido, J.E. Carreira Alvim, *Comentários à Lei de Arbitragem*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 74-5 e 120; Pedro A. Batista Martins, *Cláusula Compromissória e Selma M. Ferreira Lemes, Os Princípios Jurídicos da Lei de Arbitragem*, ambos em *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 219 e 105, respectivamente.

¹⁰⁶ *Elf Aquitaine Iran v National Iranian Oil Co.*, (1986) 96 ILR 251 e *Libyan American Oil Co v*

Estes dois princípios encontram-se hoje positivamente incorporados em diversos regulamentos e legislações. No que se refere à autonomia da cláusula arbitral, o Regulamento da Corte de Arbitragem da CCI,¹⁰⁷ as Regras de Arbitragem da UNCITRAL,¹⁰⁸ a Lei Modelo da UNCITRAL,¹⁰⁹ a Lei Suíça de Direito Internacional Privado de 1987,¹¹⁰ o Código de Processo Civil Italiano,¹¹¹ a Seção 7 da Lei de Arbitragem Britânica de 1996,¹¹² o Acordo Sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul¹¹³ e a Lei Brasileira de Arbitragem, adotaram o princípio da autonomia dentre as suas normas disciplinadoras do instituto da arbitragem. Quanto à regra da *Kompetenz-Kompetenz*, destacam-se o art. 8º, parágrafo único, da Lei Brasileira de Arbitragem, o art. 21(1) da Lei Portuguesa de Arbitragem,¹¹⁴ o art. 1.697(1) do Código Judiciário Belga¹¹⁵ e o art. 8º do Acordo Sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul,¹¹⁶ entre as legislações que trataram especificamente do tema.

Government of the Libyan Arab Republic, (1977) 62 ILR 140, 177-8, no qual se afirmou: “It is widely accepted in international law and practice that an arbitration clause survives the unilateral termination by the state of the contract in which it is inserted and continues in force even after that termination. This is a logical consequence of the interpretation of the intention of the contracting parties, and appears to be one of the basic conditions for creating a favourable climate for foreign investment. This rule was adopted by decisions of the International Court of Justice and of many Arbitral Tribunals (ex. in *Losinger and Co v State of Yugoslavia*). Such decisions have confirmed the obligation of the state to arbitrate with a private party according to the terms of the contract despite the protest or default of the State and despite arguments that the agreement containing the arbitration clause had been terminated or come to an end”.

¹⁰⁷ Artigo 6.4: “Salvo estipulação em contrário, a pretensa nulidade ou alegada inexistência do contrato não implicará a incompetência do árbitro caso este entenda que a convenção de arbitragem é válida. O tribunal arbitral continuará sendo competente mesmo em caso de inexistência ou nulidade do contrato para determinar os respectivos direitos das partes e para julgar as suas reivindicações e alegações”.

¹⁰⁸ Artigo 21.2: “The arbitral tribunal shall have the power to determine the existence or the validity of the contract of which an arbitration clause forms a part. For the purposes of article 21, an arbitration clause which forms part of a contract and which provides for arbitration under these Rules shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause.”

¹⁰⁹ Artigo 16.1: “O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, aí incluída qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica automaticamente a nulidade da cláusula compromissória.”

¹¹⁰ Art. 178.3: «La validité d’une convention d’arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable».

¹¹¹ Artigo 808: (...) “La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce”.

¹¹² “Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (...) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement”.

¹¹³ Art. 5º: “A convenção arbitral é autônoma com relação ao contrato-base. Sua inexistência ou invalidade não implica a nulidade da convenção arbitral”.

¹¹⁴ Lei n.º 31 de 1986: “Art. 21 (1) O tribunal poderá pronunciar-se sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção.”

¹¹⁵ «Le tribunal arbitral a le pouvoir de se prononcer sur sa compétence et, à cette fin, d’examiner la validité de la convention d’arbitrage».

¹¹⁶ “As questões relativas à existência e validade da convenção arbitral serão resolvidas pelo tribunal arbitral, de ofício ou por solicitação das partes.”

Note-se, por fim, que os princípios da autonomia da cláusula compromissória e da *Kompetenz-Kompetenz* não devem ser afastados em situações em que se alegue alguma afronta à ordem pública interna ou à supremacia do interesse público, pois, ainda nestas situações, o Estado deve se submeter à autoridade dos árbitros, que decidirão a respeito das questões atinentes à existência, à validade e à eficácia da cláusula compromissória, sendo ilegítima a propositura de ações judiciais tendentes a obter a declaração de nulidade do acordo de arbitragem *antes* da prolação da sentença arbitral ou para frustrar a realização da arbitragem,^{117 118} especialmente porque as ambigüidades acerca do escopo e da abrangência da cláusula arbitral devem ser resolvidas em favor da arbitragem.¹¹⁹

(g) Tratados e normas estrangeiras acerca da imunidade de jurisdição e as arbitragens com o Estado

Os problemas decorrentes da celebração de contratos com os Estados, especialmente no que se refere à arbitrabilidade das disputas oriundas destes acordos, fez com que alguns diplomatas, internacionais e nacionais, procurassem disciplinar diretamente o tema, de forma a tornar indubitosa a admissibilidade da arbitragem nestas hipóteses. Pode-se, então, enunciar o princípio, já consagrado entre os internacionalistas e pela vasta jurisprudência referida ao longo deste estudo, de que é válida a submissão do Estado à arbitragem sempre que a relação jurídica se sujeitar ao regime de direito privado, no qual o soberano pratica atos de mera gestão e atua em igualdade de condições com o particular.

Neste sentido, a Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional de Genebra, de 1961, no seu artigo II, admitiu, expressamente, a possibilidade de as pessoas jurídicas de direito público firmarem cláusulas compromissórias, sendo facultado aos Estados signatários, se assim o desejarem, limitar esta faculdade.¹²⁰ Note-se que esta convenção foi expressamente invocada pelo tribunal

¹¹⁷ Sustentando a validade do exame incidental, pelo Judiciário, das decisões arbitrais acerca da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória, veja-se Alexandre Abby e André Luís Monteiro, *Da Relativização do Princípio da Kompetenz-Kompetenz*, Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVIII, Lumen Juris, 2006, Rio de Janeiro, p. 205.

¹¹⁸ Note-se que, entre os internacionalistas, há quem sustente que a recusa do Estado em participar da arbitragem contratualmente convencionada dá ensejo à responsabilidade internacional pela denegação de acesso à justiça (John Collier and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford University Press, 2000, p. 205; F.A. Mann, *State Contracts and International Arbitration*, (1967) 42 BYBIL 1, 27; *Losinger*, PCIJ, Ser. C., No. 78, at. 313, 317, 365 e 367; *Anglo-Iranian Oil Company*, ICJ Rep. 1952; *Electricité de Beyrouth Company*, ICJ Rep 1954 e *Compagnie du Port des Quais et des Entrepôts de Beyrouth and Société Radio-Orient*, ICJ Rep. 1960). Em sentido contrário, confira-se José Carlos de Magalhães, *Do Estado na Arbitragem Privada*, 1ª ed., Max Limonad, 1988, pp. 147-156.

¹¹⁹ *Mitsubishi Motors v Soler Chrysler-Plymouth*, (1985) 473 US 614, 625 e *Sonatrach v KCA Drilling Ltd (ATF 116 I 56)*.

¹²⁰ "Article II - Right of Legal Persons of Public Law to Resort to Arbitration: (1) In cases referred to in Article I, paragraph 1, of this Convention, legal persons considered by the law which is applicable to them as "legal persons of public law" have the right to conclude valid arbitration agreements. (2) On signing, ratifying or acceding to this Convention any State shall be entitled to declare that it limits the above faculty to such conditions as may be stated in its declaration".

arbitral no caso *Benteler* para rejeitar o argumento de imunidade de jurisdição suscitado pela Bélgica.¹²¹

Outra Convenção Européia, a de 1972, sobre a Imunidade dos Estados, estabeleceu, no seu art. 12 (1), que a submissão à arbitragem, mediante a estipulação de cláusula compromissória para a solução de controvérsias de natureza civil ou comercial, também significa renúncia à imunidade de jurisdição do Estado com relação a qualquer processo no qual se discuta a validade da cláusula compromissória, o procedimento arbitral ou a ação de anulação da sentença arbitral, salvo estipulação expressa em contrário.^{122 123}

E o entendimento até aqui exposto acerca dos efeitos da celebração de uma cláusula compromissória sobre a imunidade de jurisdição dos Estados foi expressamente contemplado pelo art. 17 da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades de Jurisdição dos Estados e da sua Propriedade de 2005:

Article 17

Effect of an arbitration agreement

If a State enters into an agreement in writing with a foreign natural or juridical person to submit to arbitration differences relating to a commercial transaction, that State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to:

(a) the validity, interpretation or application of the arbitration agreement;

(b) the arbitration procedure; or

(c) the confirmation or the setting aside of the award, unless the arbitration agreement otherwise provides.

No que se refere aos diplomas *nacionais* que têm buscado dar disciplina sistemática à questão, ressalta-se, em primeiro lugar, o mencionado *Foreign Sovereign Immunities Act*, editado pelos Estados Unidos em 1976, que oferece

¹²¹ (1984) 1 J. Int'l Arb.184: "Finally, the Tribunal accepts that the substantive dispute referred to it arises from international commercial transactions (Article I of the Geneva Convention) and that therefore Belgium had capacity to conclude a valid arbitration agreement for the decision of a dispute such as the present one (Article II of the Convention)".

¹²² (1972) 11 ILM 470: "Art 12 (1): Where a contracting state has agreed in writing to submit to arbitration a dispute which has arisen or may arise out of a civil or commercial matter, that state may not claim immunity from jurisdiction of a court of another contracting state on the territory or according to the law of which the arbitration has taken or will take place in respect of any proceeding relating to (a) the validity or interpretation of the arbitration agreement; (b) the arbitration procedures; (c) the setting aside of the awards, unless the arbitration agreement otherwise provides".

¹²³ De grande importância neste tema é a Resolução do Instituto de Direito Internacional, de 1989, proferida na sessão de Saint-Jacques-de-Compostelle, sobre "*L'arbitrage entre Etats, Entreprises d'Etat ou Entités Etatiques et Entreprises Etrangères*", cujos artigos 5º e 9º consolidaram, de maneira primorosa, a principiologia até aqui desenvolvida. De acordo com os referidos dispositivos, não é lícito ao Estado contratante invocar a sua incapacidade para se recusar a participar de um procedimento arbitral para o qual consentiu, nem declarar a sua soberania para afastar a jurisdição dos árbitros: «Article 5. Un Etat, une entreprise d'Etat ou une entité étatique ne peut pas invoquer son incapacité de conclure une convention d'arbitrage pour refuser de participer à l'arbitrage auquel il a consenti » (...) «Article 9. Dans les arbitrages entre un Etat, une entreprise d'Etat ou une entité étatique, et une entreprise étrangère, la compétence du tribunal ne peut être déniée pour des motifs déduits de la souveraineté de l'Etat» (http://www.idi-ii.org/idi/fr/resolutions/F/1989_comp_01_fr.PDF, visitado em 10.4.05).

um tratamento amplo do tema. Dentre outras hipóteses, a lei americana nega a imunidade de jurisdição sempre que o Estado estrangeiro houver renunciado àquela imunidade mediante a celebração da cláusula de arbitragem.¹²⁴

No Reino Unido, o *State Immunity Act*, de 1978, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos, disciplinou expressamente a arbitragem com o Estado, determinando, na sua seção 9, que o acordo por escrito de arbitragem significa renúncia à imunidade de jurisdição perante as Cortes Britânicas com relação a qualquer procedimento que diga respeito à arbitragem.^{125 126}

No mesmo sentido, a Lei Suíça de Direito Internacional Privado de 1987, coerente com os casos da sua jurisprudência em matéria de arbitragem envolvendo o Estado ou as entidades por este controladas, proíbe que o Estado invoque o seu direito interno para contestar a validade de uma cláusula arbitral ou a sua própria capacidade de ser parte de um procedimento de arbitragem.¹²⁷

A Lei Portuguesa de Arbitragem de 1986 contém importante regra acerca das arbitragens envolvendo o Estado, que, pela sua relevância, merece ser aqui transcrita:

Art. 1. Convenção de Arbitragem.

(...)

(4) O Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizadas por lei especial ou se elas tiverem por objeto litígios respeitantes a relações de direito privado (destacou-se).

Como se vê, a lei arbitral portuguesa contempla duas hipóteses absolutamente inconfundíveis. Quando a relação jurídica discutida for de *direito público*, em consequência das prerrogativas que possui o Estado nestas hipóteses, há a necessidade de autorização expressa em lei especial para que a administração pública possa renunciar ao seu foro próprio e optar pela via arbitral; se, diferentemente, o Estado firmar negócio jurídico que se regula pelo regime de *direito privado*, a escolha da arbitragem independe de lei ou de autorização específica.

Parece haver, portanto, certo consenso, tanto nas legislações indicadas, quanto na jurisprudência específica sobre o tema, de que não há, sob o enfoque do direito internacional e comparado, vedações substanciais a que os Estados se submetam às arbitragens comerciais para resolver disputas oriundas de contratos regulados pelo regime comum de direito privado. Qualquer tentativa de resilir

¹²⁴ 28 USC 1605(6).

¹²⁵ "Section 9 Arbitrations. (1) Where a State has agreed in writing to submit a dispute which has arisen, or may arise, to arbitration, the State is not immune as respects proceedings in the courts of the United Kingdom which relate to the arbitration. (2) This section has effect subject to any contrary provision in the arbitration agreement and does not apply to any arbitration agreement between States."

¹²⁶ Comentando este específico dispositivo, David St. John Sutton e Judith Gill assim se manifestaram: "Statutory provision. The State Immunity Act 1978 provides that a foreign state is not able to claim immunity in respect of proceedings in the courts of the United Kingdom which relate to arbitration. However this does not override contrary provisions in the arbitration agreement and does not apply to arbitration between states." (*Russell on Arbitration*, 22^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2003, p. 90).

¹²⁷ Art. 177.2: «Si une partie à la convention d'arbitrage est un Etat, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à une arbitrage».

unilateralmente a promessa de arbitrar, seja pela invocação da imunidade de jurisdição, seja ainda por uma suposta invalidade da cláusula compromissória no confronto com o direito interno do Estado contratante, tem sido, por estes motivos, peremptoriamente rejeitada pelos inúmeros precedentes indicados e pela legislação apontada.

III A lei processual aplicável às arbitragens internacionais contra o Estado

Firmado o compromisso arbitral e instituído o tribunal, certamente surgirão, no curso do processo, inúmeras dúvidas acerca de como se conduzir o procedimento até a prolação da sentença arbitral. Questões como a do lugar das audiências, a da intimação das partes acerca dos atos praticados no processo e a forma e a extensão da produção da prova, entre outras, terão, necessariamente, que ser enfrentadas pelo tribunal. Devem os árbitros, ainda, contemplar os requisitos de validade impostos pela lei aplicável para que a sentença arbitral seja válida e exequível, no lugar da sua prolação e alhures. Na maioria dos casos, a resposta para essas questões dependerá da existência ou não de um regulamento *institucional* escolhido pelas partes, que, habitualmente, indicará as soluções para esses tipos de problemas. Se tal regulamento for aplicável, as partes poderão se socorrer das suas regras (e da doutrina e da jurisprudência arbitral que as houver apreciado) para resolver os eventuais impasses. Se, por outro lado, a arbitragem for *ad hoc*, com regras muito genéricas e amplas, provavelmente caberá aos árbitros a decisão acerca das questões procedimentais da arbitragem.¹²⁸

Em qualquer dos casos, no entanto, o tribunal ao menos cogitará de se socorrer da lei local para regular as questões procedimentais que forem suscitadas pelas partes e que não estiverem expressamente disciplinadas no respectivo compromisso, tendo em vista que, na ausência de regra expressa em contrário, presume-se que a lei arbitral aplicável é aquela do lugar da *sede* da arbitragem.¹²⁹

No entanto, há uma questão interessante que tem sido suscitada pela doutrina internacional: seria correto afirmar-se que uma arbitragem, *e.g.*, conduzida no Cairo, pelas regras da CCI, entre uma sociedade mercantil francesa e o Estado australiano, deveria, necessariamente, observar as regras arbitrais constantes da lei egípcia apenas porque a sede da arbitragem é no Egito? Acerca deste ponto, não há resposta definitiva, mas há aqueles que sustentam que, nesses casos, seria possível "desvincular" o procedimento arbitral da lei local, submetendo-o a um regime de direito internacional ou transnacional.¹³⁰

¹²⁸ George R. Delaume, *State Contracts and Transnational Arbitration*, (1981) 75 AJIL 784, 790.

¹²⁹ Como Lord Michael Mustill teve oportunidade de ressaltar no caso *Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd.*, julgado pela House of Lords britânica: "Certainly there may sometimes be an express choice of a curial law which is not the law of the place where the arbitration is to be held: but in the absence of an explicit choice of this kind, or at least some very strong pointer in the agreement to show that such a choice was intended, the inference that the parties when contracting to arbitrate in a particular place consented to having the arbitral process governed by the law of that place is irresistible" ([1993] AC 334 - destacou-se).

¹³⁰ Esta tem sido a orientação da jurisprudência francesa desde o julgamento do caso *Gotaverken (General National Maritime Transport Company c. Gotaverken Arendal A.B.)*. No caso, a *Gotaverken* havia se comprometido, por contrato, a construir três navios para a Companhia Marítima da Líbia. Depois de pagar quase todo o preço do contrato, a companhia líbia se recusou a receber os navios, alegando, em síntese, que a legislação líbia, que proibia a utilização de componentes fabricados por empresas

A tese favorável à desvinculação parece se fundamentar nas seguintes premissas: a aplicação automática da lei arbitral local como *lex arbitri* pode produzir resultados indesejáveis e não contemplados pelas partes. Imagine-se que, no exemplo dado acima, a escolha da sede da arbitragem no Cairo tenha sido inteiramente fortuita, ou apenas porque lá ter-se-ia um foro neutro para a disputa, sem que qualquer das partes tivesse qualquer vinculação com o Egito. Pois bem: o laudo é proferido e, de acordo com a lei local, há alguma formalidade, irrelevante para as partes, que torna a sentença arbitral nula ou inexecutável segundo a lei arbitral egípcia. Porém, de acordo com as regras da CCI, a decisão é plenamente válida. Deveria esta invalidade impedir o reconhecimento e a execução do laudo em um país que não exigisse tal formalidade para se conceder o *exequatur* a uma sentença arbitral estrangeira?¹³¹

Esta tem sido uma das mais tormentosas questões que tem levado alguns juristas a advogar a tese da “desvinculação” da arbitragem do lugar da sua sede, sob o fundamento de que o princípio da autonomia da vontade seria suficiente para se conferir validade à sentença arbitral, sendo desnecessário vinculá-la um determinado sistema jurídico nacional.¹³² Além disso, para os defensores da teoria da desvinculação, o Judiciário do lugar da arbitragem não teria *competência exclusiva* para decidir acerca da validade do procedimento arbitral, podendo o Judiciário do lugar do reconhecimento e da execução da sentença arbitral avaliar,

israelenses, havia sido descumprida e que certas especificações técnicas dos navios não haviam sido observadas. Como as partes não chegaram a um acordo acerca do litígio, instaurou-se uma arbitragem em Paris, sob as regras da CCI, cujo laudo foi favorável à empresa *Gotaverken*. A Companhia líbia, então, ajuizou, perante a Corte de Apelações de Paris, uma ação para pedir a anulação do laudo arbitral, alegando a sua falta de motivação, a não observância da lei aplicável e a violação à ordem pública. Na sua defesa, a *Gotaverken* sustentou que o laudo que se pretendia anular não seria “francês”, tendo em vista que ambas as partes eram estrangeiras, que nenhuma delas possuía qualquer estabelecimento ou patrimônio na França e que os contratos não possuíam qualquer elemento de conexão com o território francês. A Corte francesa, então, aceitou os argumentos apresentados pela empresa *Gotaverken* e se recusou a julgar a ação de nulidade do laudo, destacando que, seja pela lei francesa, seja pelas regras do então vigente regulamento da CCI (art. 11), os laudos arbitrais não precisam estar vinculados a um determinado sistema jurídico nacional, o que tornava a demanda de anulação insuscetível de apreciação pelo Judiciário francês (Jan Paulsson, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*, (1981) 30 ICLQ 358).

¹³¹ Veja-se que esta questão não é meramente acadêmica e foi enfrentada nos casos *Pabalk Ticaret c. Norsolor*, (1986) XI YBCA 484, *Hilmarton c. Omnium de Traitement et de Valorisation*, (1995) XX YBCA 663 e *Republique Arabe D’Egypte c. Chromalloy Aero Services* (1997) XXII YBCA 691, nos quais o Judiciário francês admitiu a execução, no seu território, de sentenças arbitrais anuladas no exterior.

¹³² John Collier and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford University Press, 2000, p. 232-235. A favor da teoria da desvinculação, confirmam-se: Jan Paulsson, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*, (1981) 30 ICLQ 358 e *Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters*, (1983) 32 ICLQ 53; B. Goldman, *Les Conflits de Lois dans l’Arbitrage International de Droit Privé*, Recueil des Cours 109 (1963 II) 351, p. 380; Phillip Fouchard, *L’Arbitrage Commercial International*, Dalloz, Paris, 1965, p. 351; Gerold Herrmann, *The Role of the Court under the UNCITRAL Model Law Script*, J. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, Cambridge, 1986; Pierre Mayer, *The Trend Towards Delocalization in the Last 100 Years*, The Internationalisation of International Arbitration: The LCIA Hunter, Marriot and Veeder editors, Arbitration International, Graham & Trotman/ Martinus Nijhoff, p. 37 e Thilo Rensmann, *Anational Arbitral Awards: Legal Phenomenon or Academic Phantom?*, (1998) 15(2) J.Int’l Arb. 37, 66.

de maneira autônoma e independente, se o laudo que se pretende executar é ou não válido de acordo com as suas próprias regras arbitrais.¹³³

Para aqueles que se opõem à desvinculação, os argumentos são os de que a liberdade de resolver disputas por arbitragem é uma mera concessão, uma exceção à regra do monopólio da jurisdição detido pelo Estado na administração da justiça. E essa concessão, argumenta-se, seria feita sob certas *condições*, incluindo a de que o Judiciário do lugar da arbitragem tenha o poder de examinar, nos limites estabelecidos pela lei, a validade de todos os atos que se praticam no seu território.¹³⁴ Assim, sustenta-se que as partes não poderiam, simplesmente em decorrência do acordo de vontades, se libertar das regras de aplicação obrigatória impostas pela lei do lugar da arbitragem.¹³⁵

No que se refere às arbitragens envolvendo os Estados, a questão da aplicação da lei local ainda precisa ser analisada à luz da teoria da imunidade, tendo em vista que há decisões conflitantes na jurisprudência arbitral acerca da possibilidade de se aplicar a lei arbitral do lugar do procedimento quando um Estado estrangeiro é parte. Nos casos *Alsing Trading Co. Ltd. & Svenska Tändsticks Aktiebolaget v Greece*,¹³⁶ *Sapphire International Petroleum Ltd v National Iranian Oil Co.*,¹³⁷ e *British Petroleum Exploration Co. v Libyan Arab Republic*,¹³⁸ os tribunais arbitrais entenderam que a renúncia à imunidade de jurisdição significava, também, que a arbitragem poderia e deveria se sujeitar à lei local (*lex loci arbitri*). Já nos casos *Saudi Arabia v Arabian American Oil Co.*,¹³⁹ e *Texaco Overseas Petroleum & California Asiatic Oil Co. v Libya*,¹⁴⁰ os tribunais arbitrais, sob o fundamento de que a imunidade de jurisdição ainda poderia ser invocada, estabeleceram que o *direito internacional* deveria regular o procedimento, sem que se pudesse aplicar a lei nacional em apoio das decisões procedimentais do tribunal, acolhendo a teoria da desvinculação.

No caso *Libyan American Oil Co v Government of the Libyan Arab Republic (Liamco)*,¹⁴¹ adotou-se uma posição intermediária. Considerando-se que, na ausência de acordo expresso entre as partes, cabia ao árbitro definir as regras

¹³³ Jan Paulsson, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*, (1981) 30

ICLQ 358 e *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)*, 9 The ICC International Court of Arbitration Bulletin 14, Maio de 1998; Matthew Secomb, *Suspension of the Enforcement of Awards under Article VI of the New York Convention – Proof and LSAS*, (2002) 5(1) International Arbitration Law Review 1-8 e Emmanuel Gaillard e J. Edelstein, *Baker Marine and Spier Strike a Blow to the Enforceability in the United States of Awards Set Aside at the Seat*, (2000) 3 International Arbitration Law Review 37.

¹³⁴ F.A. Mann, *Lex Facit Arbitrum*, (1986) 2(3) Arb. Int’l 241 – 260.

¹³⁵ A jurisprudência britânica tem sido refratária à tese da desvinculação, como se percebe, entre outras, pelas decisões proferidas nos seguintes casos: *Amin Rasheed Shipping Corporation v Kuwait Insurance Company*, (1983) 3 WLR 241; *Union of India v McDonnell Douglas Corporation*, (1993) 2 Lloyd’s Rep. 48; *Coppée Lavalin v Ken-Ren*, (1994) 2 WLR 631; *Minmetals Germany GmbH v Ferco Steel Ltd.* (1999) 1 All E.R. (Comm) 315 (QBD (Comm Ct)) e *Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd.*, (1993) AC 334.

¹³⁶ (1956) 23 ILR 633.

¹³⁷ (1963) 35 ILR 136.

¹³⁸ (1973) 53 ILR 297.

¹³⁹ (1958) 27 ILR 117.

¹⁴⁰ (1977) 53 ILR 389.

¹⁴¹ (1977) 62 ILR 140.

processuais aplicáveis, e que esta determinação deveria ser feita *independentemente* do lugar da arbitragem, fixou-se Genebra como a sede da arbitragem e estipulou-se que o árbitro, no seu procedimento, observaria, tanto quanto possível, a minuta de Convenção Sobre Procedimento Arbitral elaborada pela *International Law Commission* das Nações Unidas.¹⁴²

A interpretação que me parece mais consentânea com os princípios da moderna teoria das arbitragens internacionais é a de se permitir a *desvinculação* do procedimento do lugar da realização da arbitragem na medida em que isso for autorizado pela própria lei local, em observância à autonomia das partes.^{143 144}

Conseqüência lógica da definição acerca da lei que rege o procedimento das arbitragens envolvendo o Estado é a possibilidade de se pedir ao Judiciário local a concessão de medidas liminares e conservatórias em apoio à arbitragem. Ressalte-se que esta possibilidade está expressamente contemplada, v.g., no artigo 23(2) das Regulamento de Arbitragem da CCI,¹⁴⁵ no artigo 26(3) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL¹⁴⁶ e no art. 22, § 4º, da Lei Brasileira de Arbitragem, que reputam conveniente permitir o acesso ao Judiciário local como forma de garantir o prosseguimento da arbitragem e a eficácia final da sentença arbitral. Pelas mesmas razões, compete ao Judiciário do lugar da realização da arbitragem o julgamento da ação de nulidade da sentença arbitral proferida em processo que envolva o Estado estrangeiro.

Desta forma, salvo nas convenções internacionais que vedam, peremptoriamente, o acesso ao Judiciário local, como ocorre no caso do art. 26 da Convenção de Washington de 1965,¹⁴⁷ ou na hipótese em que a medida judicial postulada importar em alguma forma de restrição sobre o patrimônio do Estado estrangeiro, reputado imune pela lei aplicável, poderá a parte de uma arbitragem contra o

Estado postular medidas liminares e conservatórias perante o Judiciário local, sem que se possa invocar a imunidade de jurisdição para impedir a concessão de tal providência.¹⁴⁸

IV A imunidade de execução

(a) As teorias absoluta e restritiva

Em numerosas situações, a obtenção de uma sentença arbitral favorável ao particular não significa imediato atendimento ao que se deliberou no procedimento arbitral. Fora os casos em que, voluntariamente, o Estado dá pronto e incondicional cumprimento ao laudo, de regra é necessário iniciar um procedimento de reconhecimento e execução da sentença para que o crédito nela contido seja integralmente honrado, o que, muitas vezes, exige que tal procedimento se faça perante o Poder Judiciário de outro Estado.¹⁴⁹

Sob a perspectiva do direito internacional, não há, ainda, unanimidade acerca do cabimento e das hipóteses nas quais se podem executar bens do Estado estrangeiro, fora do seu território, em cumprimento de uma sentença judicial ou arbitral contra ele proferida. A adoção de diversas teorias sobre o assunto, e as peculiaridades impostas pelas legislações nacionais, tornam o exame do tema inevitavelmente casuístico e insuscetível de conceituação única.

Pode-se, no entanto, apresentar as quatro correntes principais, sintetizadas, primorosamente, por James Crawford, professor da Universidade de Cambridge, que têm procurado determinar o cabimento da execução contra o Estado estrangeiro: (a) pela teoria da imunidade absoluta de execução, nenhuma medida constritiva do patrimônio ou dos representantes dos Estados estrangeiros seria admissível sem o seu consentimento expresso; (b) há imunidade de execução em todos os casos em que, pela lei aplicável, houver também imunidade de jurisdição; (c) admite-se a execução contra o Estado estrangeiro, porém em hipóteses mais restritas do que aquelas onde se admite a renúncia à imunidade de jurisdição e (d) não há qualquer regra de direito internacional disciplinando a matéria, podendo os Estados regular o tema livremente.¹⁵⁰

Tal como ocorria na questão da interpretação da imunidade de jurisdição, historicamente os Estados se recusavam a executar bens do Estado estrangeiro situados no seu território, salvo nas hipóteses em que ele houvesse renunciado, *expressamente*, a esta imunidade. Foi por isso que, durante longo tempo, a Suprema Corte americana entendia que os Estados Unidos não poderiam exercer jurisdição sobre o patrimônio do Estado estrangeiro, salvo mediante autorização,¹⁵¹ orientação essa que se seguia no Reino Unido, como se vê das citadas

¹⁴² George R. Delaume, *State Contracts and Transnational Arbitration*, (1981) 75 AJIL 784, 793.

¹⁴³ E. A. Schwartz, *A Comment on Chromalloy: Hilmarton à l'américaine*, (1997) 14 J.Int'l Arb. 125, 132.

¹⁴⁴ John Collier and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford University Press, 2000, p. 232-235. Contra a teoria da desvinculação, confirmam-se: F. A. Mann, *England Rejects Delocalized Contracts and Arbitration*, (1984) 33 ICLQ 193 e *Lex Facit Arbitrum*, (1986) 2(3) Arb. Int'l 241 - 260; Lord Michael Mustill, *The Goff Lecture, Hong Kong 1996: Too Many Laws*, (1997) 63 Arbitration 248; William W. Park, *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*, (1983) 32 ICLQ 21; G. Wetter, *Choice of Law in International Arbitration Proceedings in Sweden*, (1986) 2 Arb. Int'l 294 e Hong-Lin Yu, *Minmetals Germany GMBH v Ferco Steel Ltd - A Step Further Than Localisation*, (1999) 2(3) Int. A.L.R. 83.

¹⁴⁵ Artigo 23: "2- As partes poderão, antes da remessa dos autos ao Tribunal Arbitral e posteriormente, em circunstâncias apropriadas, requerer a qualquer autoridade judicial competente que ordene as medidas cautelares ou provisórias pertinentes. O requerimento feito por uma das partes a uma autoridade judicial para obter tais medidas, ou a execução de medidas similares ordenadas por um Tribunal Arbitral, não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem e não comprometerá a competência do Tribunal Arbitral a este título. Quaisquer pedidos ou medidas implementadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria, devendo esta informar o Tribunal Arbitral."

¹⁴⁶ Artigo 26: "3- A request for interim measures addressed by any party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate, or as a waiver of that agreement."

¹⁴⁷ Artigo 26: "Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention." Veja-se que, a respeito da interpretação deste artigo da Convenção de Washington de 1965, a Corte de Cassação francesa entendeu que o referido dispositivo não vedada o acesso da parte interessada ao Judiciário francês para obter dele medidas cautelares necessárias à garantia do futuro processo de execução, inclusive com a penhora de bens (*Atlantic Triton v Republic of Guinea*, (1986) 3 ICSID Rep. 10).

¹⁴⁸ A menos, é claro, que seja aplicável a teoria da desvinculação e, com isso, se possa afastar a intervenção do Judiciário local como ocorreu no caso *Gotaverken*.

¹⁴⁹ Se a execução da sentença arbitral se faz perante o Judiciário do próprio Estado réu, por ser doméstica, não há, a rigor, maiores problemas, pois, nestes casos, deve-se obedecer ao procedimento estabelecido pelas leis do processo do lugar da execução, sem que se possa falar, tecnicamente, em imunidade de execução (no caso brasileiro, cf. a Constituição Federal de 1988, art. 100 e o CPC, art. 730).

¹⁵⁰ *Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity*, (1981) 75 AJIL 820.

¹⁵¹ *Schooner Exchange v McFadden*, (1812) 11 US 116 (7 Cranch).

decisões proferidas nos casos *The Parliament Belge*¹⁵² e *Compania Naviera Vascongado v. S.S. Cristina*.¹⁵³

Esse entendimento, todavia, foi perdendo espaço à medida que se percebia que os Estados estrangeiros, com maior frequência, passaram a atuar no comércio internacional, praticando atos de natureza privada, para os quais não se justificava a concessão de privilégios especiais.

Neste sentido, a jurisprudência suíça contribuiu decisivamente para a incorporação da teoria restritiva da imunidade de execução no ordenamento internacional. Veja-se, e.g., que, no caso *Dreyfus*, se determinou a penhora de bens do Ministério das Finanças austríaco em razão do não pagamento de títulos públicos emitidos pela Áustria, que deveria ter sido feito na Suíça, em moeda local. Recusando o argumento da imunidade, o Tribunal Federal suíço manteve a ordem de penhora, sustentando que, por não haver um direito absoluto à imunidade de jurisdição, o Estado estrangeiro, conseqüentemente, se sujeitava à jurisdição das Cortes suíças no que se referia ao adimplemento de obrigações de *direito privado*. Nestes casos, de acordo com a decisão, seria lícito ajuizar medidas cautelares de arresto contra o Estado desde que a relação jurídica discutida possuísse alguma vinculação com o território suíço, sendo admissível, portanto, a constrição de bens do Estado estrangeiro.¹⁵⁴ A mesma orientação foi dada por ocasião do julgamento do caso *Sogerfin S.A. v State of Yugoslavia*, no qual se permitiu a constrição de bens de um Banco Iugoslavo sob o fundamento de que a imunidade dos Estados estrangeiros na Suíça não era absoluta.¹⁵⁵

Segundo James Crawford, o entendimento majoritário da doutrina suíça acerca da imunidade de execução é o de que a penhora de bens do Estado estrangeiro, ou das suas instrumentalidades, no que se refere a negócios jurídicos de natureza privada, é admissível sempre que houver um *vínculo estreito* entre a disputa e o território suíço e desde que os bens que se pretenda penhorar não tenham sido afetados a uma atividade diplomática, consular ou pública.¹⁵⁶

Na Alemanha, no caso *República das Filipinas* a Corte Constitucional considerou, em tese, válido o processo de execução instaurado em seu território contra um Estado estrangeiro, por não reconhecer nenhum princípio geral no direito internacional, que garantisse ilimitada imunidade de execução no seu território. Na hipótese, discutia-se a legalidade da penhora de duas contas bancárias da embaixada filipina na Alemanha, em decorrência da falta de pagamento de aluguéis. Note-se que, segundo se afirmou no acórdão, as contas eram, ao menos em parte, utilizadas para efetuar o pagamento de despesas efetivamente relacionadas com as atividades da embaixada. Muito embora a penhora tenha sido indeferida porque não se conseguiu jоеirar a parcela do crédito não utilizada para fins diplomáticos, a Corte assim se manifestou acerca da aplicabilidade da teoria da imunidade de execução no direito alemão:

¹⁵² (1880) 5 PD 197.

¹⁵³ (1938) AC 485.

¹⁵⁴ *Austrian Minister of Finance v Dreyfus*, (1975) Répertoire Suisse de Droit International Public 352, 353.

¹⁵⁵ (1945) 10 A.D.I.L. 232, 234.

¹⁵⁶ *Execution of judgments and foreign sovereign immunity*, (1981) 75 AJIL 820, 837.

*There is no sufficiently general practice, supported by the necessary opinio juris, to establish a general rule of customary international law prohibiting the state of the forum absolutely from compulsory execution against the assets of a foreign state situated in the state of the forum. A number of states, in their judgments, legislation or treaty practice, do not exclude security and execution measures against foreign states, at least not when such measures are based upon activities of the foreign state which are iure gestionis, and when such measures are taken against assets which do not serve governmental purposes.*¹⁵⁷

Esta decisão confirmou o entendimento já externado no caso *Turkish Purchases Commission*, julgado em 1920, no qual se afirmou que a abertura de contas bancárias em território alemão, para garantir o pagamento de indenizações postuladas por empresas privadas alemãs, significava renúncia *implícita* à imunidade de execução do Estado estrangeiro.¹⁵⁸

Na França há também decisões admitindo a execução contra o Estado estrangeiro. Nos casos *Englander c. Statni Banka Ceskoslovenka* e *Caisse Algérienne d'Assurance Vieillesse des Non-Salariés c. Caisse Nationale des Barreaux Français*, a Corte de Cassação, acolhendo expressamente a teoria restritiva da imunidade de execução, decidiu que os bens de entidades estatais, *não vinculados a funções públicas*, deveriam presumir-se passíveis de execução,¹⁵⁹ entendimento que também foi acolhido na Bélgica no caso *Socobelge c. l'Etat grec*.¹⁶⁰

Na Itália, no caso *Amministrazione del Governo Britannico, Ripubblico Ministero, Comune di Venezia c. Guerrato*, a Corte Costituzionale, ao examinar a constitucionalidade de uma lei de 1926 (que proibia a penhora e a execução de bens de Estado estrangeiro, a menos que este deixasse de conferir reciprocidade de tratamento ao Governo italiano ou nas hipóteses determinadas pelo Ministro da Justiça), decidiu que a norma não era inconstitucional, tendo em vista que, tanto na jurisprudência, como na doutrina comparada, não havia nenhum princípio de aplicação obrigatória que proibisse a execução de bens de Estados estrangeiros não utilizados para o exercício de atividades governamentais.¹⁶¹

No Reino Unido, depois que o *Privy Council* admitiu a penhora de navios comerciais pertencentes a Estados estrangeiros (*actio in rem*),¹⁶² a *House of Lords*, no julgamento do referido caso *Trendtex*, consolidou o entendimento de que é admissível, em determinadas situações, o processo de execução contra o Estado estrangeiro nas Cortes Britânicas.¹⁶³

No Brasil, a questão da imunidade de execução, embora corretamente tratada de forma mais abrangente do que a da imunidade de jurisdição, tem sido admitida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça,¹⁶⁴ que admitem o seu afastamento nas hipóteses de renúncia pelo Estado interessado ou quando o patrimônio do Estado estrangeiro, no Brasil, *não estiver vinculado às suas atividades diplomáticas e consulares*:

¹⁵⁷ (1979) 73 AJIL 295, 703.

¹⁵⁸ (1921) J.W. 773.

¹⁵⁹ (1974) 47 ILR 157 e (1978) 67 Rev. Critique Droit Int'l Privé 532, respectivamente.

¹⁶⁰ (1951) 18 ILR 3.

¹⁶¹ (1963) 46 Rivista di Diritto Internazionale 451, 456.

¹⁶² *The Philippine Admiral*, (1976) 2 WLR 214.

¹⁶³ *Trendtex Corporation v The Central Bank of Nigeria*, (1977) QB 529.

¹⁶⁴ AI n.º 230.684, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, in DJU de 10.3.03, p.222.

É bem verdade que o Supremo Tribunal, tratando-se da questão pertinente à imunidade de execução (matéria que não se confunde com o tema concernente à imunidade de jurisdição ora em exame), continua, quanto a ela (imunidade de execução), a entendê-la como prerrogativa institucional de caráter mais abrangente, ressalvadas as hipóteses excepcionais (a) de renúncia, por parte do Estado estrangeiro, à prerrogativa da intangibilidade dos seus próprios bens (RJ 167/761, rel. Min. Ilmar Galvão; ACO 543/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence) ou (b) de existência, em território brasileiro, de bens, que, embora pertencentes ao Estado estrangeiro, não tenham qualquer vinculação com as finalidades essenciais inerentes às legações diplomáticas ou representações consulares mantidas em nosso País.¹⁶⁵ (destacou-se)

No mesmo sentido é o entendimento de José Francisco Rezek:

A execução forçada da eventual sentença condenatória, entretanto, só é possível na medida em que o Estado estrangeiro tenha, no âmbito espacial de nossa jurisdição, bens estranhos à sua própria representação diplomática ou consular – visto que estes se encontram protegidos contra a penhora ou medida congênere pela inviolabilidade que lhes assegurara as Convenções de Viena de 1961 e 1963, estas seguramente não derrogadas por qualquer norma ulterior.¹⁶⁶

Portanto, pode-se concluir que, segundo a orientação da jurisprudência nacional e estrangeira, admite-se a constrição de bens do Estado estrangeiro para a satisfação do conteúdo condenatório da sentença arbitral, em decorrência do acolhimento da teoria restritiva da imunidade de execução, muito embora seja necessário determinar, no caso específico, as situações exatas em que esta execução, a despeito do acolhimento de uma teoria menos rigorosa, será admissível.

(b) Imunidade de jurisdição, imunidade de execução e a cláusula compromissória

Muito embora tanto a imunidade de jurisdição quanto a imunidade de execução se submetam, atualmente, a um regime restritivo na sua aplicação, seria equivocado imaginar-se que, em todas as situações em que se verifica a imunidade de jurisdição, a constrição de bens do Estado estrangeiro, necessária para se garantir a satisfação do crédito constituído pela sentença, judicial ou arbitral, devesse ser admitida.

Na verdade, do ponto de vista teórico ou normativo, não há qualquer incompatibilidade entre a renúncia à imunidade de jurisdição e a manutenção do privilégio, concedido ao Estado estrangeiro pelo direito internacional, de não se sujeitar a medidas coercitivas sobre o seu patrimônio senão perante o seu próprio

Judiciário. Por esta razão, sustenta-se que, para que se possa prosseguir no processo de execução contra o Estado estrangeiro, será necessária, além da renúncia à imunidade de jurisdição, uma outra renúncia, a da imunidade de execução, que pode ser expressa ou tácita, consistente esta última na demonstração de que os bens sobre os quais incidirá a constrição judicial não se encontram vinculados a uma finalidade diplomática, consular ou pública.¹⁶⁷

Esta questão teve que ser expressamente enfrentada pela Corte de Apelação de Paris no caso *République d'Iran c. Société Eurodif et Sofidif et Commissariat à l'Energie Atomique*.¹⁶⁸ Em 1975, estabeleceu-se um acordo de cooperação entre a França e o Irã para o desenvolvimento, a construção e a operação de uma usina de enriquecimento de urânio no Irã. Para implementar o projeto, uma sociedade de propósito específico, a *Eurodif*, foi criada por quatro Estados europeus que participariam do projeto, que contaria, ainda, com a atuação da *Sofidif*, uma *joint venture* criada pelas agências nucleares iraniana e francesa. De acordo com os termos do empreendimento, o Irã concederia empréstimos à agência nuclear francesa e à *Eurodif*, e a *Sofidif* receberia determinadas importâncias em contrapartida pela sua atuação no empreendimento. Quando o Governo iraniano decidiu abandonar o projeto, a *Sofidif* e a *Eurodif*, alegando prejuízos decorrentes do seu cancelamento, pediram e obtiveram do Tribunal do Comércio de Paris o arresto de 9 milhões de francos, que eram as quantias devidas ao Irã pela agência nuclear francesa e o seu garantidor, o Governo da França, decorrente da celebração do contrato de mútuo vinculado ao empreendimento. O Irã recorreu desta decisão, invocando a imunidade de jurisdição e de execução. As companhias francesas, por seu turno, sustentaram que os empréstimos celebrados sujeitavam-se ao regime de direito privado e que o Governo Iraniano, ao celebrar a cláusula compromissória, havia renunciado também à sua imunidade de execução.

Na sua decisão, a Corte francesa afirmou, em primeiro lugar, que a renúncia à imunidade de jurisdição, mediante a submissão à arbitragem, não significava, necessariamente, que o Irã havia abdicado da sua imunidade de execução. Reconhecendo que a regra da imunidade de execução não era *absoluta* e que poderia ser afastada em casos excepcionais, a Corte afirmou, no entanto, que a constrição de bens do Estado estrangeiro seria admissível somente se os bens estivessem vinculados, pela vontade do soberano, a uma *atividade meramente comercial*, conduzida por ele ou um por uma entidade estatal criada para este propósito. Como, na hipótese, os empréstimos devidos ao Governo iraniano não estavam vinculados a qualquer atividade específica, entendeu-se que o Irã estava autorizado a decidir, soberanamente, qual o destino a ser dado àqueles recursos, o que os tornava imunes ao procedimento de execução na França.

No entanto, em 1996, a Corte de Apelação de Rouen, no julgamento do caso *Société Bec Frères c. Office des Céréales de Tunisie*, entendeu que um departamento do Governo tunisiano, ao se submeter a uma arbitragem, teria aceitado as regras do comércio internacional e, conseqüentemente, renunciado à sua imunidade de jurisdição e de execução, decisão que gerou inúmeras incertezas acerca de qual seria a regra da imunidade de execução no caso das arbitragens comerciais na França.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Neste sentido, confirmam-se o *Foreign Sovereign Immunities Act* americano de 1976 (28 USC 1610(a)(1) e (b)(1)) e o *State Immunity Act* britânico de 1978 (seção 13(3)).

¹⁶⁸ (1982) 65 ILR 93.

¹⁶⁹ Nancy B. Turck, *French and US Courts Define Limits on Sovereign Immunity in Execution and Enforcement of Arbitral Awards*, (2001) 17(3) Arb. Int'l. 327, 328. Todavia, no caso específico se entendeu que o réu não era uma entidade governamental e, por isso, não seria responsável pelos

¹⁶⁵ Ag. Reg. no RE. n.º 222.368-4, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, Ementário n.º 2098-2.

¹⁶⁶ *Direito Internacional Público*, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, p. 176-7.

A matéria foi novamente apreciada por ocasião do julgamento do caso *Creighton v Catar*, no qual a Corte de Cassação entendeu que a celebração de cláusula arbitral constituía, a um só tempo, renúncia à imunidade de jurisdição e de execução.¹⁷⁰ No caso específico, a empresa *Creighton*, sediada nas Ilhas Cayman, foi contratada, em 1982, pelo Governo do Catar para construir um hospital em Doha, tendo sido convencionalmente uma cláusula arbitral da CCI no respectivo contrato. Em 1986, o Governo cancelou o contrato e expulsou a empresa da obra, alegando desempenho insatisfatório. Posteriormente, as partes iniciaram arbitragem e a CCI escolheu Paris como sede. O tribunal arbitral proferiu três laudos e determinou o pagamento de US\$ 8 milhões à *Creighton* a título de indenização.

Inconformado com a sentença arbitral, o Catar ajuizou ação para pedir a anulação dos laudos sob o fundamento de parcialidade de um dos árbitros, o que foi negado. Quando o laudo arbitral foi submetido a execução, a Corte de Apelação decidiu, coerentemente com o precedente do caso *Eurodif*, que não se poderia inferir a renúncia à imunidade de execução pelo simples fato de as partes terem se submetido a arbitragem. Todavia, este aresto foi reformado pela Corte de Cassação, que concluiu ser a cláusula arbitral causa de renúncia *implícita* à imunidade de execução.¹⁷¹

Em resumo, a Corte de Cassação francesa entendeu que, quando o Estado celebra uma cláusula arbitral CCI ou outra de igual teor, que obriga o seu signatário a cumprir prontamente a sentença arbitral, ele renuncia, também, à sua imunidade de execução, cabendo ao Estado estrangeiro o ônus de demonstrar que os bens sobre os quais recai a execução destinam-se a alguma atividade pública.¹⁷²

Nos Estados Unidos, a questão foi enfrentada no caso *Birch Shipping Corporation v The Embassy of the United Republic of Tanzania*. A sociedade *Birch Shipping* exportou milho para a Tanzânia e, em razão de um desacordo acerca da interpretação do contrato, instaurou-se uma arbitragem em Nova Iorque na qual se proferiu uma sentença arbitral condenatória em favor da empresa americana. Quando a *Birch Shipping* penhorou bens da República da Tanzânia em um banco em Washington, esta opôs embargos, pedindo a revogação da penhora, o que foi negado, tendo em vista que, nos termos da referida decisão, o acordo de

débitos do Estado (confira-se, ainda, o comentário do caso por Emmanuel Gaillard, (1997) *Revue de l'Arbitrage* 263).

¹⁷⁰ Cour de Cassation (1re Ch. civile) 6 juillet 2000; Cour d'appel de Paris (1re Ch. A) 10 août 2000, in Philippe Leboulanger, (2001) 1 *Revue de l'Arbitrage* 114 – 134.

¹⁷¹ Em seus comentários ao caso, Philippe Leboulanger assim resumiu a relevância e o alcance do aresto da Corte de Cassação: «Comme le souhaitait une partie importante de la doctrine, la Cour de cassation admet désormais que la souscription d'une clause d'arbitrage dans un contrat international auquel un Etat est partie constitue une renonciation implicite de celui-ci à son immunité d'exécution (I), tandis que la Cour d'appel décide qu'une renonciation expresse n'autorise pas pour autant l'exécution forcée d'une sentence arbitrale sur tous les biens de l'Etat (II). En cassant cet arrêt, la Cour de cassation met un terme à cette jurisprudence. Elle renverse la présomption d'absence de renonciation à l'immunité d'exécution contenue jusqu'alors dans la clause compromissoire et abolit, en matière d'arbitrage international, le régime dualiste de l'immunité de juridiction et de l'immunité d'exécution. C'est dire son importance. La réponse se trouve, semble-t-il, dans le motif de la cassation selon lequel l'engagement pris par l'Etat signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale impliquait renonciation de cet Etat à l'immunité d'exécution...» (p. 114).

¹⁷² Nancy B. Turk, *French and US Courts Define Limits on Sovereign Immunity in Execution and Enforcement of Arbitral Awards*, (2001) 17(3) *Arb. Int'l.* 327.

arbitragem firmado pelo Governo da Tanzânia afastava a imunidade de execução concedida aos Estados estrangeiros e os seus bens poderiam ser penhorados de acordo com as regras do *Foreign Sovereign Immunities Act* americano.¹⁷³

Esta questão interessantíssima ainda não foi apreciada pelo Judiciário brasileiro, sendo certo que o critério atualmente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça — que autorizam o processo de execução contra o Estado estrangeiro apenas com relação aos bens que *não tenham qualquer vinculação com as finalidades essenciais inerentes às legações diplomáticas ou representações consulares mantidas em nosso País* — deve ser mantido também na hipótese em que o Estado estrangeiro houver firmado cláusula compromissória, não se devendo presumir da simples prática deste ato a intenção de renunciar à sua imunidade de execução.¹⁷⁴

Por fim, note-se que a distinção entre imunidade de jurisdição e imunidade de execução tem ainda uma importância *temporal* nas arbitragens comerciais internacionais. Como se sabe, antes que se inicie, propriamente, o processo de execução da sentença arbitral estrangeira, há que se obter no lugar do cumprimento o *exequatur* do Judiciário local, segundo as suas regras de competência. Assim, surge a indagação, cuja resposta tem consequências práticas, de se saber se o processo de *reconhecimento* da sentença arbitral estrangeira constitui o *último* momento do processo de conhecimento ou se seria o *primeiro* ato do procedimento de execução. Desnecessário dizer-se que os Estados que tenham sido derrotados no procedimento arbitral terão todo o interesse em sustentar a segunda hipótese, tendo em vista que, como se viu, os casos de renúncia à imunidade de execução são mais restritos e, em regra, impõem ônus mais severos aos particulares.

No caso *Benvenuti & Bonfant v The People's Republic of Congo*, a Corte de Apelação de Paris entendeu que o reconhecimento de um laudo, proferido segundo as regras da Convenção de Washington de 1965, na França, não configurava ato do processo de execução de sentença arbitral.¹⁷⁵ À mesma conclusão chegou a Corte de Apelação de Haia no julgamento do caso *NV Cabolent v National Iranian Oil Co.*, no qual se concluiu que a renúncia à imunidade de jurisdição também se aplicava ao processo de reconhecimento do laudo, sem configurar, todavia, renúncia à imunidade de execução.¹⁷⁶

No direito brasileiro, esta distinção também foi feita pela Constituição Federal. Enquanto o seu art. 105, I, J, confere competência originária ao Superior Tribunal de Justiça para proceder à *homologação* da sentença arbitral estrangeira, o art. 109, X, atribui à Justiça Federal de primeira instância a missão de *lhe executar o comando*. A meu ver seria injustificável se o Superior Tribunal de Justiça se recusasse a homologar uma sentença arbitral estrangeira sob a invocação da

¹⁷³ (1980) 507 F. Supp. 311. Note-se que a utilização *mista* (pública e privada) dos recursos depositados na conta bancária não foi considerada como óbice à constrição dos bens do Estado estrangeiro no caso. Tal como ocorreu no caso *Creighton*, a decisão judicial inverte a presunção de impenhorabilidade, transferindo-se ao Estado estrangeiro o ônus de provar a efetiva utilização pública do patrimônio penhorado (Nancy B. Turk, *French and US Courts Define Limits on Sovereign Immunity in Execution and Enforcement of Arbitral Awards*, (2001) 17(3) *Arb. Int'l.* 327, 342).

¹⁷⁴ Creio que, diferentemente do que decidiu a Corte de Cassação francesa no caso *Creighton*, no direito brasileiro prevalece a presunção de que o patrimônio do Estado estrangeiro é impenhorável, cabendo ao exequente o ônus de provar a destinação privada do bem que se busca executar.

¹⁷⁵ (1981) 20 *ILM* 878.

¹⁷⁶ (1970) 9 *ILM* 152.

imunidade de execução, quando tal argumento, por determinação constitucional, deve ser apreciado pelo juiz federal encarregado de executar a sentença ao apreciar eventual pedido de penhora de bens do Estado estrangeiro.

(c) Bens do estado estrangeiro sujeitos à execução e impossibilidade de determinação da sua origem ou utilização

Corolário inevitável da discussão acerca das hipóteses de cabimento de execução contra o Estado estrangeiro é o exame, necessariamente casuístico, dos tipos de bens penhoráveis, tal como esta questão tem sido apreciada pelo Judiciário de diversos países.

Com efeito, veja-se que, no citado caso *Central Bank of Nigeria*, a Corte de Frankfurt entendeu que somente os bens dedicados a uma finalidade pública do Estado estrangeiro seriam impenhoráveis, não se devendo aplicar a imunidade de execução com relação às quantias depositadas em contas bancárias que, no momento da constrição, não estavam sendo utilizadas em benefício de funções públicas do Estado estrangeiro.¹⁷⁷

Nos casos *Englander c. Statni Banka Ceskoslovenka* e *Caisse Algérienne d'Assurance Vieillesse des Non-Salaries c. Caisse Nationale des Barreaux Français*, apreciados pela Corte de Cassação francesa, a exemplo do caso alemão acima citado, decidiu-se que os bens de entidades vinculadas ao Estado, não utilizados em funções públicas, seriam penhoráveis.¹⁷⁸

No que se refere à penhora de contas bancárias ou recursos financeiros cuja utilização seja *mista*, há quem sustente a sua penhorabilidade na medida em que se possa demonstrar o uso não público do recurso,¹⁷⁹ sem que se esclareça como se poderia fazer tal demonstração sem se imiscuir na atividade interna do Estado estrangeiro, o que afrontaria a sua soberania. A melhor orientação, no entanto, parece ser no sentido de que somente os bens que se demonstrem, *prima facie*, substancialmente dedicados a atividades privadas dos Estados estrangeiros devem ser suscetíveis de execução e penhora.¹⁸⁰

Finalmente, quando não se puder fazer uma distinção inequívoca entres os recursos do Estado estrangeiro aplicados em uma função pública e aqueles oriundos de atividade econômica ou comercial, a simples invocação da prerrogativa da imunidade de execução será suficiente para tornar o bem insuscetível de penhora.¹⁸¹

(d) Legislação acerca da imunidade de execução

No que se refere à legislação que disciplina a imunidade de execução no plano internacional, sobressalta-se, indubitavelmente, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, cujo art. 22 é claro no sentido de se estabelecer uma im-

¹⁷⁷ (1977) 16 ILM 501, 503.

¹⁷⁸ (1974) 47 ILR 157 e (1978) 67 Rev. Critique Droit Int'l Privé 532, respectivamente.

¹⁷⁹ Mark C. Del Bianco, *Execution and Attachment under the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, (1978) 5 Yale Studies in World Public Order 109.

¹⁸⁰ James Crawford, *Execution of Judgments and Sovereign Immunity*, (1981) 75 AJIL 820, 863.

¹⁸¹ *Procureur de la République c. Société Liampo*, (1979) 106 Journal du Droit International 857, 861. Em sentido contrário, *Birch Shipping Corporation v The United Republic of Tanzania*, (1980) 507 F. Supp. 311.

penhorabilidade absoluta quanto ao local da missão diplomática, seu mobiliário e demais bens nele situados, bem como os meios de transporte necessários para o exercício da atividade diplomática.¹⁸²

A Convenção de Viena sobre Relações Consulares, por sua vez, dispõe, no seu artigo 45, que "a renúncia à imunidade de jurisdição quanto a ações civis ou administrativas não implicará a renúncia à imunidade quanto a medidas de execução de sentença", sendo necessário, nestas hipóteses, a obtenção de nova renúncia de imunidade.¹⁸³

Na tentativa de solucionar parte das questões suscitadas nos inúmeros casos que tratam da imunidade de execução, a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades de Jurisdição dos Estados e da sua Propriedade de 2005 procurou estabelecer alguns critérios objetivos. Em primeiro lugar, há certos tipos de bens que, em razão da sua *finalidade*, são protegidos pelo direito internacional contra o processo de execução em território estrangeiro. Com efeito, no artigo 21 da Convenção, os bens utilizados para o desempenho das funções diplomáticas; os bens militares; os bens e os recursos de bancos centrais ou outras autoridades monetárias e aqueles de valor cultural, histórico ou científico, não podem ser objeto de constrição judicial sem a prévia anuência do Estado estrangeiro.

Além da hipótese de consentimento *expresso* do Estado, inclusive no que se refere aos bens referidos no aludido artigo 21, a mencionada Convenção estabelece que a penhora de bens do Estado em execução de sentença, arbitral ou judicial, poderá ocorrer quando o patrimônio houver sido reservado para a satisfação do crédito discutido no procedimento ou se for determinado que os bens objeto da penhora são empregados em atividades não-governamentais.¹⁸⁴

De forma mais rigorosa, a Convenção Européia sobre a Imunidade dos Estados, de 1972, proíbe, no seu art. 23, a execução de bens do Estado estrangeiro salvo mediante expressa anuência, sem indicar no seu texto os casos em que o patrimônio do Estado é empregado em atividades comerciais.

O *Foreign Sovereign Immunities Act* americano, de 1976, e o *State Immunity Act*, de 1978, vigente no Reino Unido,¹⁸⁵ importantes diplomas na matéria, admitem, com algumas variações de estilo, a execução de bens de Estado estrangeiro nos casos em que há renúncia expressa à imunidade ou naqueles em que o patrimônio, ou recurso objeto da execução, estiver empregado em uma atividade não-governamental.^{186 187}

¹⁸² Decreto n.º 56.435, de 08 de junho de 1965.

¹⁸³ Decreto n.º 61.078, de 26 de julho de 1967.

¹⁸⁴ "Article 19. State immunity from post-judgment measures of constraint. No post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that: (a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated: (i) by international agreement; (ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or (iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; or (b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding; or (c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, provided that postjudgment measures of constraint may only be taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed".

¹⁸⁵ 28 USC § 1605 e Section 13(4), respectivamente.

¹⁸⁶ Note-se que Convenção de Washington de 1965, no seu art. 55, estabelece que a regra do artigo 54 daquela Convenção não deve ser interpretada como sendo causa de derrogação de leis em matéria de imunidade de execução.

¹⁸⁷ Em reforço ao entendimento que se consolida gradativamente no direito internacional, confira-se o

A análise que se fez da legislação estrangeira que regula o processo de execução contra Estados estrangeiros, permite a conclusão de que a execução de eventual sentença arbitral contra o Estado não se submeterá ao mesmo regime que se aplica à renúncia da imunidade de jurisdição. Muito embora o processo de execução contra o Estado seja, em princípio, admissível, ele ocorre em situações mais restritas do que aquelas em que se reconhece a renúncia à imunidade de jurisdição, sendo necessário, como regra geral, identificar bens do Estado estrangeiro desafetados de qualquer utilização pública.¹⁸⁸

V O problema das arbitragens com o Estado sob a perspectiva do direito brasileiro

(a) A arbitragem e os contratos administrativos

Aspecto Subjetivo

A questão da legitimidade da arbitragem em contratos envolvendo o Estado ou os entes por ele criados suscitou, especialmente em decorrência da participação, nestes contratos, de sociedades controladas, direta ou indiretamente, por investidores estrangeiros, enorme debate doutrinário¹⁸⁹ e acirradas disputas judiciais acerca do tema. Em pelo menos quatro rumorosos casos, discutiu-se, expressamente, a constitucionalidade e a validade de tal cláusula, em razão da necessidade de se obter prévia *autorização legislativa* para a assunção do compromisso arbitral e da *natureza* do interesse controverso, que, para alguns autores, por ser em regra indisponível, tornaria inviável o exame da matéria em procedimento arbitral.¹⁹⁰

Nesse sentido, parte da doutrina sustenta que a correta interpretação do princípio da legalidade não permite que se faculte ao administrador público a mesma

art. 5º da Resolução do Instituto de Direito Internacional de 1954, acerca da imunidade de jurisdição e de execução forçada dos Estados estrangeiros: «Il ne peut être procédé ni à l'exécution forcée, ni à une saisie conservatoire, sur les biens qui sont la propriété d'un Etat étranger, s'ils sont affectés à l'exercice de son activité gouvernementale qui ne se rapporte pas à une exploitation économique quelconque».

¹⁸⁸ James Crawford, *Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity*, (1981) 75 AJIL 820.

¹⁸⁹ Eduardo Grebler, *Jurisprudência Comentada*, Revista de Arbitragem e Mediação, n.º 3, 2004; Suzana Domingues Medeiros, *A arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro*, Revista de Direito Administrativo, v. 233, 2003, p. 71; Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Villela Souto, *Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais*, Revista de Direito Administrativo, v. 236, 2004, p. 246; Adilson Abreu Dallari, *Arbitragem na concessão de serviço público*, Revista de Informação Legislativa, n.º 128, p. 63; Ada Pellegrini Grinover, *Arbitragem e prestação de serviços públicos*, Revista de Direito Administrativo, v. 233, 2003, p. 377; Cláudio Vianna de Lima, *A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões*, Revista de Direito Administrativo, v. 209, 1997, p. 91; Caio Tácito, *Arbitragem nos litígios administrativos*, Revista de Direito Administrativo, v. 210, 1997, p. 111; Lúcia Vale Figueiredo, *Curso de direito administrativo*, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2001, p. 101 e Luís Roberto Barroso, *Temas de Direito Constitucional*, tomo II, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 627, entre outros.

¹⁹⁰ Os casos são: UEG Araucária Ltda. v Companhia Paranaense de Energia Elétrica – COPEL, processo n.º 24.344, 3.ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas de Curitiba, Paraná; AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. v Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, Recurso Especial n.º 612.439, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, in DJU de 14.9.06; Estado de Minas Gerais v Southern Electric Brasil Participações Ltda. (caso *Cemig*), Apelação Cível n.º 199.781-6/00, 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, julg. em 07.8.01 e TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S.A. v Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, AgRg. No MS 11.308, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, in DJU de 14.8.06.

liberdade de atuação que a Constituição, no seu art. 5º, II, confere aos particulares: a administração pública, de acordo com a citada regra do *caput* do art. 37 da Carta Magna, só pode agir quando expressamente autorizada por lei, sendo ilegítimos os atos administrativos praticados sem fundamento legal e em relação aos quais o administrador não tem poder de disposição. Assim, fora das hipóteses nas quais há regra *explícita* permitindo a arbitragem para solucionar questões decorrentes de certos contratos,¹⁹¹ alega-se a impossibilidade de, em observância à legalidade constitucional, submeter a administração ao procedimento arbitral, pois lhe faltaria *capacidade* para a prática de tal ato.¹⁹²

A principal crítica que se faz a esta linha de argumentação é a de que ela deixa em oblióvio uma distinção fundamental acerca dos regimes aplicáveis aos contratos celebrados pelo Estado. Como se expôs anteriormente, a simples presença do Estado em uma determinada relação jurídica não a sujeita, inexoravelmente, ao regramento público imposto pela Constituição e pelas leis de organização de cada um dos Estados e municípios brasileiros. Sempre se entendeu, sem maiores contestações, que o Estado, ao lado dos contratos administrativos, poderia firmar o que a doutrina acabou por denominar de *contratos da administração*,¹⁹³ nos quais se afastam as prerrogativas especiais da administração pública, e que a colocam em igualdade de tratamento perante o particular, como ensinam Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Villela Souto:

*Quando a administração pública figura em um dos pólos de uma relação contratual, não necessariamente está-se diante de um contrato administrativo. Conquanto a mera presença da administração como parte caracterize o contrato da administração, a característica diferenciadora entre ambos os institutos está na existência das chamadas cláusulas exorbitantes, que outorgam poderes e prerrogativas de direito público, inadmissíveis em um contrato de direito privado.*¹⁹⁴

¹⁹¹ Veja-se, exemplificativamente, a Lei 9.427/97: “Art. 93. O contrato de concessão indicará: (...) XV- o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais; Lei 9.478/97: “Art. 43: O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...) X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional”; e Lei 10.233/01: “Art.35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a: (...)XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem”.

¹⁹² Luís Roberto Barroso, *Temas de Direito Constitucional*, tomo II, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 627; Suzana Domingues Medeiros, *A arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro*, Revista de Direito Administrativo, v. 233, 2003, p. 101 e Leonardo Fiad, *Arbitragem e Administração Pública*, Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVIII, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 203.

¹⁹³ Diogenes Gasparini, *Dirreto Administrativo*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 1995, p. 373.

¹⁹⁴ *Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais*, Revista de Direito Administrativo, v. 236, 2004, p. 216. No mesmo sentido, confira-se Hely Lopes Meirelles, *Dirreto Administrativo Brasileiro*, 17ª ed., Malheiros, São Paulo, 1992, p. 197, no qual se encontra a seguinte citação da obra de André de Laubadère: “C’est en effet la présence de telles clauses [exorbitantes] dans un contrat que est le critère par excellence de son caractère administratif” (*Contrats Administratifs*, Paris, 1956, 1/85).

Era este, também, o entendimento de Cláudio Viana de Lima, que, em estudo específico sobre o tema, assim se manifestou:

*No âmbito interno, em se cogitando de contrato público, predominantemente regido pelo direito privado, o Estado pode, no exercício do ius gestionis, sem o uso da sua autoridade, ius imperii, firmar convenção de arbitragem, sendo o conflito relativo a direito patrimonial disponível e não se cogitando de casos de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira.*¹⁹⁵

Ademais, a *capacidade* do Estado para celebrar um determinado contrato não pode, na minha opinião, depender de uma autorização legislativa específica para cada ato que se pretenda praticar. Quando, por exemplo, o Estado celebra um típico *contrato da administração*, sujeito ao regramento de direito privado, não há a necessidade de se editar uma lei apenas para conferir *capacidade* para que o ente público possa contrair essa obrigação. Aliás, mesmo nas relações privadas, quando a lei veda a prática de um determinado ato ela não está, propriamente, definindo a capacidade geral do agente para a prática de atos, mas sim tornando *ilícito* um determinado comportamento. Conseqüentemente, sendo a cláusula compromissória um contrato inserido em outro contrato,¹⁹⁶ as vedações que, de fato, existem quanto à participação do Estado em arbitragens não dizem respeito à sua *capacidade* (elemento subjetivo),¹⁹⁷ mas decorrem da *indisponibilidade* do direito discutido ou de alguma proibição legal de que certa matéria venha a ser decidida por sentença arbitral.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Revista de Direito Administrativo, v. 209, 1997, p. 91.

¹⁹⁶ José Carlos de Magalhães, *Do Estado na Arbitragem Privada*, 1ª ed., Max Limonad, 1988, p.99.

¹⁹⁷ Lembre-se que a Corte de Cassação francesa no caso *Galakis* afirmou que a proibição do Estado francês de participar de arbitragem “*ne soulève pas une question de capacité*” ((1966) *Journal du Droit International* 648).

¹⁹⁸ Note-se, ainda, que, no que se refere a este ponto, tanto a doutrina favorável à arbitragem envolvendo a administração pública, quanto aquela que exige a expressa previsão em lei para a legitimidade da escolha do procedimento, invoca, invariavelmente, o conhecido caso *Lage* (Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento n.º 52.181, rel. Min. Bilac Pinto, julg. em 14.11.73, RTJ 68/382) em apoio à sua linha de argumentação, necessariamente conflitante. Enquanto Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Arbitragem nos contratos administrativos*, Revista de Direito Administrativo, v. 209, 1997, p. 86) e José Carlos de Magalhães (*Do Estado na Arbitragem Privada, Do Estado na Arbitragem Privada*, 1ª ed., Max Limonad, 1988, p. 109) sustentam que o referido precedente fixaria “admiravelmente os contornos da arbitragem” no Brasil, Luís Roberto Barroso (*Temas de Direito Constitucional*, tomo II, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 620) e Jacob Dolinger e Carmem Tiburcio (*Direito Internacional Privado, Arbitragem Comercial Internacional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 431) alegam que a citação do caso seria impertinente, porque teria havido específica autorização legislativa, dada pelo Decreto-lei n.º 9.251, de 26 de julho de 1946, que possuía *status* de lei no regime constitucional então vigente, tendo o princípio da legalidade, pois, sido observado na hipótese. No entanto, parece-me incorreto invocar o precedente do caso *Lage* como prova da necessidade de se obter prévia autorização legislativa para que o Estado ostente *capacidade* para participar de processo arbitral pelos seguintes motivos: o referido Decreto-lei n.º 9.251, de 26 de julho de 1946, era, materialmente, um *ato administrativo* (editado para solucionar uma disputa já existente entre partes conhecidas); ele não pretendia regular, com a generalidade e a abstração que se exigem dos atos materialmente legislativos, a possibilidade de se submeter a União ao processo arbitral. Além disso, se se entender que o mencionado Decreto-lei criava, de fato, uma obrigação para as partes do procedimento arbitral, o problema seria

Ainda no que se refere à aplicação do princípio da legalidade, sustenta-se que, como, v.g., na legislação das telecomunicações e na do petróleo, existe permissão expressa para que a administração pública participe de processo arbitral, a mesma exigência deveria ser observada para outros setores de interesse público, em observância do princípio da legalidade.¹⁹⁹ A edição de normas prevendo a utilização da arbitragem em determinado segmento seria, portanto, a prova de que tal exigência deveria ser observada em todas as hipóteses. No entanto, a alegação de que esses casos constituiriam exemplo eloqüente de que há, efetivamente, necessidade de lei específica para que a administração pública tenha *capacidade* para celebrar uma cláusula compromissória me parece, *d.v.*, fora de foco.

Imagine-se, por exemplo, que uma concessionária da área do petróleo, integrante da administração indireta, decida celebrar um compromisso arbitral com uma instituição financeira internacional para discutir os termos de um contrato de mútuo entre elas firmado. Ora, a regra do mencionado art. 43, X, da Lei n.º 9.478/97 não confere à referida concessionária *capacidade* para firmar o mencionado compromisso, mas apenas torna suscetível de composição por arbitragem (requisito objetivo) os conflitos relacionados com “o contrato [de concessão] e a sua execução”, que não possuem, obviamente, qualquer pertinência temática com o imaginário contrato de empréstimo referido no exemplo. Seria ilógico, a meu ver, concluir que a entidade pública poderia firmar o compromisso arbitral, nesse caso, sob a alegação de que existiria uma autorização genérica, que, como se expôs, trata de outra situação, inteiramente distinta.

Note-se que o direito francês (no artigo 2.060 do seu Código Civil) e o direito belga (no art. 1.672 (2) do seu Código Judiciário, na redação anterior à Lei de 19 de maio de 1998), quando pretenderam vedar, peremptoriamente, as arbitragens domésticas envolvendo a administração pública, o fizeram *expressamente*, de forma a que não se pudesse invocar a própria lei de arbitragem, nem o regime privado eventualmente adotado por um ente administrativo em uma determinada relação jurídica, como o fundamento legal para a utilização de tal procedimento. Na Lei Portuguesa de Arbitragem de 1986, a capacidade do Estado para firmar compromisso arbitral é indiscutível, sendo necessária a edição de lei autorizadora específica se o *regime* a que se submeter o contrato não for o do direito privado.²⁰⁰

Portanto, a capacidade para se submeter à arbitragem, sempre existente, se encontra no regime constitucional do ente administrativo, na sua legislação de regência, que lhe confere personalidade jurídica própria para a prática de atos e celebração de contratos, e na legislação de arbitragem, sendo exigível a edição de lei específica apenas nas hipóteses em que se pretender resolver, no procedimento

de outra índole, ou seja, o da criação de um tribunal *ex post factum* para julgar litígio já existente, o que a Constituição não permitia (veja-se que este argumento foi suscitado pela União e corretamente rejeitado pelo Supremo Tribunal Federal).

¹⁹⁹ “Ou seja, não basta não haver lei impedindo, deve haver lei expressamente autorizando a prática de arbitragem. (...) Verificamos, ainda, que a matéria vem evoluindo na legislação nacional e já há hipóteses específicas que autorizam a arbitragem, tais como o art. 23, XV da Lei de Concessões (Lei n.º 8.987/95), art. 93, XV, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n.º 9.472/97), art. 43, X, da Lei do Petróleo (Lei n.º 9.478/97) e o art. 2º da Lei MAE (Lei n.º 10.433/02).” (Suzana Domingues Medeiros, *ob. cit.*, p. 101).

²⁰⁰ Art. 1º (4).

arbitral, alguma relação jurídica submetida ao regime de direito público,²⁰¹ como esclarece Gustavo Henrique Justino de Oliveira:

Com relação à arbitrabilidade subjetiva, parece não haver dúvidas de que o ordenamento genericamente confere ao Estado capacidade para comprometer-se e contratar, aptidão que é inferida de sua personalidade jurídica de direito público. As entidades administrativas que integram a organização administrativa em sua feição indireta (v.g. autarquias, empresas públicas, etc.), também gozam de capacidade de contratar, como decorrência da personalidade jurídica de que são dotadas.^{202 203}

Aspecto Objetivo

Além do argumento da falta de capacidade em razão da ausência de norma legal autorizadora, considerável parte da doutrina entende que os interesses tute-

²⁰¹ Como ensina Sergio de Andréa Ferreira: “Na ausência de lei específica, a lei de arbitragem pode ser aplicada às disputas públicas internas, atendida a distinção entre aquilo que é de ordem pública e aquilo que é negocial” (*A arbitragem e a disponibilidade de direitos no ius publicum interno, Reflexões sobre arbitragem*, Pedro A. Batista Martins e José Maria Rosssani Garcez (Coords.), 2002, p.55). No mesmo sentido, Pedro A. Batista Martins, *O Poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei n. 9307/96*, 3ª parte, Revista Forense, v. 359, pp. 335-335; Eduardo Grebler, *A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada*, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 2, 2004, p. 64; José Emílio Nunes Pinto, *A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*, Revista Brasileira de Arbitragem, nº 1, 2004, p.116; Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Villela Souto, *Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais*, Revista de Direito Administrativo, v. 236, 2004, p. 246. Contra, confira-se Leonardo Fiad, *Arbitragem e Administração Pública*, Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVIII, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 186.

²⁰² *A arbitragem e as parcerias público-privadas*, Revista de Direito Administrativo, v. 241, 2005, p. 257. Foi esta, também a conclusão do Supremo Tribunal Federal no citado caso *Lage*: “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 pessoa ‘sui juris’, poder prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insuscetíveis de transação” (RTJ 66, pp. 384-385).

²⁰³ Note-se que alguns autores ainda acrescentam à questão da capacidade o tema relativo aos *poderes de disposição de direitos*, sustentando que, por não possuir o administrador público essa prerrogativa, só com a anuência do Parlamento seria válido contrair a obrigação arbitral. Em primeiro lugar, percebe-se que esta linha de argumentação parte da premissa de que o Estado, necessariamente, *abdic*a de direitos quando firma cláusula compromissória, o que não me parece correto. Não há, *pelo simples fato de se inserir em contrato uma cláusula compromissória*, qualquer renúncia de direitos por parte do Estado (salvo se, mediante tal cláusula, o ente público nacional se sujeitar à competência de órgão judicial estrangeiro). Neste sentido, confira-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no REsp. n.º 450-881, 3ª Turma, rel. Min. Castro Filho, in DJU de 26.5.03, do qual se extrai a seguinte passagem: “(...) *A Arbitragem não caracteriza renúncia ao exercício do direito de ação e sim uma das formas de se solucionar as controvérsias sem precisar da atuação do Poder Judiciário*” (destacou-se). Ademais, a licitude de se renunciar a direitos de terceiros também não diz respeito à *capacidade* do Estado para se submeter ao procedimento arbitral. Se o Estado, e.g., insere em um determinado contrato uma cláusula compromissória para discutir questões relativas a direitos *indisponíveis*, tal matéria não poderá ser apreciada pelo tribunal arbitral sob a ótica *objetiva*. Se, por outro lado, quem firmou a cláusula compromissória não apresenta o Estado, a obrigação não o vincula. Todavia, nas duas hipóteses a *capacidade* para firmar o compromisso arbitral não é relevante para se determinar a validade ou invalidade da obrigação assumida pelo Estado, que será aferida por critérios distintos.

lados pela administração pública, em razão da sua *indisponibilidade*, são insuscetíveis de composição por arbitragem, nos termos do art. 1º da Lei n.º 9.307/96, sendo imperativa a manifestação do Parlamento, mediante edição de lei formal, para que tais interesses deixem de ostentar essa qualidade especial.²⁰⁴

Não há qualquer dúvida de que os interesses *indisponíveis* do Estado e da administração pública não podem ser submetidos ao procedimento de arbitragem — salvo se a lei dispuser, explicitamente, em sentido contrário —, pois tal impossibilidade também decorre da própria dicção da Lei Brasileira de Arbitragem.²⁰⁵ Deve-se, portanto, em todas as hipóteses, verificar se a matéria controvertida envolve algum interesse público, que, pela sua natureza, seja, efetivamente, indisponível e deva, por isso, ser submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Fora a conhecida distinção entre atos de gestão e atos de império, criada pela denominada *teoria do fisco*,²⁰⁶ tem-se invocado a *teoria dos fins* para se determinar se o interesse da administração é ou não disponível. Por esta doutrina, defendida entre nós por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, há que se distinguir entre os interesses *primários* e os *secundários* da administração pública, sendo que estes últimos, por possuírem expressão meramente patrimonial, seriam disponíveis e, portanto, poderiam ser discutidos em arbitragem:

*Por este motivo, a teoria dos fins, distinguindo simplesmente os primários dos secundários, parece ainda a mais indicada para definir a existência ou não da disponibilidade administrativa de interesses e de seus correlatos direitos seja por parte do Estado ou de seus delegados.*²⁰⁷

No mesmo sentido, Caio Tácito observou que, quando se tratar apenas de “cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, não faz sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado ou ao benefício auferido pela Administração em virtude de prestação regular do outro contratante.”²⁰⁸ Pode-se, portanto, sintetizar o argumento aduzindo que, sempre que estiverem em jogo direitos *patrimoniais disponíveis* da administração pública, não há qualquer impedimento para que a “União, os Estados ou os Municípios integrem uma relação arbitral”.²⁰⁹

É esta conclusão é ainda mais imperiosa nos casos em que a arbitragem é convencionalizada por uma sociedade de economia mista ou empresa pública, que, por força do art. 173, § 1º, II, e § 2º, da Constituição Federal, se sujeita, nos termos

²⁰⁴ Luís Roberto Barroso, *Temas de Direito Constitucional*, tomo II, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 628; Lúcia Valle Figueiredo, Curso de direito administrativo, Malheiros, São Paulo, 1994, p.100 e Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 2005, p.60.

²⁰⁵ Gustavo Henrique Justino de Oliveira, *A arbitragem e as parcerias público-privadas*, Revista de Direito Administrativo, v. 241, 2005, p. 241.

²⁰⁶ Adotada por Pedro Batista Martins, *O Poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei n.º 9307/96*, 3ª parte, Revista Forense, v. 359, p. 164, 173.

²⁰⁷ *Arbitragem nos contratos administrativos*, Revista de Direito Administrativo, v. 209, 1997, p. 213.

²⁰⁸ *Arbitragem nos litígios administrativos*, Revista de Direito Administrativo, v. 210, 1997, pp. 111-114.

²⁰⁹ Joel Dias Figueira, *Manual de Arbitragem*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 107.

da lei, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, sem que se lhes possa conceder benefício não outorgado ao setor privado.²¹⁰ Essa sujeição ficou ainda mais nítida depois da edição da Lei n.º 10.303, de 31.10.01, que, ao revogar o art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404/76), permite, inclusive, que as sociedades de economia mista tenham a sua falência decretada.

No que se refere especificamente ao setor elétrico, submetem-se as empresas estatais distribuidoras de energia elétrica ao regime típico e próprio das companhias do setor privado, sendo lícito concluir — se se conceder ao referido art. 173, § 1º, II, e § 2º, da Constituição, a interpretação que a sua dicção determina — que elas podem celebrar contratos, dentre eles o contrato de arbitragem, nas mesmas condições em que tais ajustes são contraídos pelos particulares,²¹¹ eis que a indiscriminada aplicação do regime público a tais sociedades certamente lhes traria embaraços que o legislador constituinte, expressamente, pretendeu evitar, dentre outros, pelo *princípio da efetividade*.²¹² Não foi por outro motivo que Caio Tácito considerou legítima a convenção de arbitragem nesses casos:

*Compatibiliza-se o juízo arbitral com atos de gestão de empresa estatal que se dedique à exploração de atividade econômica na qual, nos termos da Constituição de 1988, art. 173, § 1º, prevalece o regime jurídico das empresas privadas.*²¹³

Ressalte-se, no entanto, que parte da doutrina procurou fazer uma distinção entre sociedade de economia mista *exploradora de atividade econômica* e sociedade de economia mista *prestadora de serviço público*, para daí concluir que a segunda, por não estar inteiramente submetida ao regime de direito privado, em razão das regras exorbitantes aplicáveis à prestação do serviço público, não poderia participar de procedimento arbitral. Nestas hipóteses, portanto, o fundamento constitucional do regime jurídico aplicável seria o do art. 175 da Constituição e não o do mencionado art. 173, o que restringiria as situações nas quais lhes seria lícito convencionar a arbitragem.²¹⁴

Muito embora tais entidades devam observar os princípios do *caput* do art. 37 da Constituição e outras regras que lhes são peculiares, as empresas estatais, ainda que prestadoras de serviço público, podem convencionar a arbitragem para discutir os aspectos *patrimoniais* e *disponíveis* dos contratos por elas celebrados, tal como a administração pública direta também o poderá.

²¹⁰ Como ensina Diogenes Gasparini: “O relacionamento das sociedades de economia mista com terceiros obedece ao regime comum das empresas privadas, dado que não são portadoras de prerrogativas de autoridade ou de benesses governamentais” (*Direito Administrativo*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 1995, p. 276 — destacou-se).

²¹¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Jurueña Villela Souto, *Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais*, Revista de Direito Administrativo, v. 236, 2004, p. 253.

²¹² Art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

²¹³ *Arbitragem nos litígios administrativos*, Revista de Direito Administrativo, v. 210, 1997, p. 115.

²¹⁴ Luís Roberto Barroso, *Temas de Direito Constitucional*, tomo II, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 632 e Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 2005, p.122.

Eleição de foro e cláusula compromissória

Outro ponto intensamente discutido pela doutrina é o da interpretação do art. 55, § 2º, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que considera como essencial a cláusula que estabelece como competente o foro da sede da administração para dirimir qualquer questão oriunda do contrato por ela firmado,²¹⁵ o que também impediria que se estipulasse a cláusula compromissória nos acordos sujeitos ao regime da licitação.²¹⁶

O comentário inicial que se deve fazer acerca deste ponto é o de que não há nenhuma incongruência lógica em se inserir, em um mesmo contrato, uma *cláusula compromissória* para a solução das controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis e uma outra de *eleição de foro*,²¹⁷ convencionada para se determinar, previamente, o juízo competente para dirimir os conflitos insuscetíveis de apreciação por arbitragem, ou porque as partes, por razões de conveniência, tenham preferido deixar o exame de certas matérias para o Poder Judiciário.²¹⁸ Além disso, note-se que, muito embora haja, nos contratos da administração, certas regras que, necessariamente, devem ser observadas,²¹⁹ a cláusula de eleição do foro da administração pública não deve ser interpretada como sendo um requisito de validade do negócio no que se refere ao método de solução das questões rela-

²¹⁵ “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.” Como deixa claro o próprio dispositivo, esta regra não se aplica aos contratos internacionais regulados pelo mencionado § 6º do art. 32 da Lei de Licitações.

²¹⁶ “O § 2º do art. 55 fixa regra de competência absoluta em favor da Administração Pública, pelo fato de tratar-se da Administração Pública. Ou seja, reitera a competência *ratione personae*, inderrogável e improrrogável, que o direito brasileiro acolhe relativamente a entes públicos, que gozam de foro especial e privativo para demandar ou serem demandados em juízo (v. CPC, art.99).” (Jessé Torres Pereira Junior, *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 337).

²¹⁷ “Embora aparente o contrário, a cláusula de arbitragem e a cláusula de eleição de foro não constituem mecanismos reciprocamente excludentes de estabilização dos contratos. (...) No contexto da arbitragem ambas as cláusulas podem e devem coexistir.” (Lauro da Gama e Souza Jr., *Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas: a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado*, Revista de Direito Administrativo, v. 241, 2005, p.150).

²¹⁸ Foi o que decidiu a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em acórdão relatado pelo Desembargador Adriano Celso Guimarães, em cujo voto se afirmou: “Pondere-se, por pertinente, que a cláusula compromissória não veda o acesso à jurisdição estatal, garantido pela possibilidade, prevista na mencionada lei, da demanda anulatória da sentença arbitral e dos embargos à execução, por constituir-se a referida sentença título executivo judicial, sendo certo que o foro de eleição, previsto na avença, destina-se ao exame de demandas outras que não se submetam ao juízo arbitral, por necessitarem do exercício exclusivo da jurisdição — como a reintegração na posse do imóvel —, não se revelando qualquer irregularidade na manifestação de vontade das partes em submeter a solução do conflito de direitos disponíveis à arbitragem.” (Apelação Cível n.º 16.786/2003, julg. em 09.3.04 — destacou-se. Leiam-se, a respeito deste acórdão, os comentários de Lauro da Gama e Souza Jr., Revista de Arbitragem e Mediação, n.º 6, 2005, pp.247-250).

²¹⁹ No julgamento do conhecido caso *Guggenheim*, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que o princípio da publicidade dos atos administrativos, constante do *caput* do art. 37 da Constituição, vedava a confidencialidade da arbitragem quando dela fosse parte um ente da administração pública (AI n.º 07839/2003, julgado em 26.5.03, rel. Des. Ademir Paulo Pimentel. Confira-se ainda Cláudio Lampert e Joel Rennó Jr., *A eficácia da arbitragem e da cláusula de confidencialidade nos contratos da Administração Pública*, Revista Brasileira de Arbitragem, n.º 4, 2004, pp.149-162).

tivas a *direitos disponíveis*, sendo imperativa apenas para definir a competência judicial para a apreciação das matérias insuscetíveis de composição extrajudicial ou para aquelas matérias que, por vontade das partes, foram deliberadamente excluídas do âmbito de aplicação da cláusula compromissória.^{220 221}

Em apertadas linhas, era esse o debate doutrinário que cercava o tema das arbitragens comerciais e os contratos administrativos quando quatro importantes casos começaram a ser apreciados pelo Poder Judiciário brasileiro.

(b) A jurisprudência brasileira

O caso Cemig

Em 1º de novembro de 1995, editou-se, em Minas Gerais, a Lei Estadual n.º 11.968, que autorizava o Governador daquele Estado a alienar parte do capital social da Companhia Energética de Minas Gerais S.A. – CEMIG. Em leilão realizado em 12.3.97, a *Southern Electric Brasil Participações Ltda.*, que congregava o interesse de dois grupos estrangeiros no empreendimento, adquiriu, por cerca de US\$ 1 bilhão, aproximadamente 32 por cento do capital votante da CEMIG. Além disso, o edital ainda contemplava que o Estado de Minas Gerais assinaria com a *Southern* um acordo de acionistas, que previa uma cláusula compromissória para a solução de disputas entre aqueles acionistas da CEMIG. No entanto, em 1999, o Estado de Minas Gerais ingressou em juízo com uma ação para pedir a anulação do acordo de acionistas — sob a justificativa de que tal contrato o privava, sem autorização legal, do poder de controle sobre a CEMIG —, sem observar, no entanto, o mecanismo estipulado pelas partes para a solução de controvérsias oriundas do contrato. A ação foi julgada procedente em primeira instância e posteriormente apreciada pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça daquele Estado.²²²

Por entender que o acordo de acionistas, considerado na sua totalidade, seria nulo, o acórdão decidiu que o mesmo vício contaminaria a sua respectiva cláusula arbitral e, conseqüentemente, a matéria poderia ser submetida diretamente ao Poder Judiciário.²²³ Sem se atentar para o fato de que a Lei Brasileira de Arbitragem determina a separação da cláusula arbitral do restante do contrato, e, por esta razão, atribui aos árbitros a tarefa de decidir, em primeiro lugar, acerca da sua validade, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a Constituição Federal não permitiria que tal matéria fosse subtraída da apreciação do Poder Judiciário e que o objeto da discussão envolvia direitos indisponíveis, o que afastava, na hipótese, a aplicação da Lei Brasileira de Arbitragem.²²⁴

²²⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Villela Souto, *Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais*, Revista de Direito Administrativo, v. 236, 2004, p.217.

²²¹ Acrescente-se que, especificamente em relação ao setor elétrico, a Lei n.º 9.648, de 27.5.98, que alterou o art. 24, XXII, da Lei n.º 8.666/93, dispensa o procedimento licitatório nestas hipóteses.

²²² Processo n.º 000.199.781-6/00.

²²³ “Então, surgiram controvérsias sobre interpretação de cláusulas que levariam o fato à arbitragem, e sobre a validade, ou não, do contrato. Essa validade não pode ser submetida a uma arbitragem” (p. 2144). (...) “O fato de terem os contratantes adotado a arbitragem, ‘segundo as Regras sobre Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris’, como instrumento de solução de controvérsias de interpretação e execução das cláusulas do acordo sob exame, não constitui óbice à submissão da questão da nulidade daquele ajuste à apreciação do Poder Judiciário” (p. 2.156 – destacou-se).

²²⁴ P. 2.157

O caso Copel

Em 31.12.00, a UEG Araucária Ltda. e a Companhia Paranaense de Energia Elétrica – COPEL celebraram um contrato de compra e venda de potência assegurada, no qual se estabeleceu uma cláusula compromissória prevendo juízo arbitral a ser realizado em Paris, segundo as regras da CCI. Tendo havido desacordo entre as partes acerca de questões substanciais do contrato, instaurou-se o juízo arbitral previsto no contrato. Todavia, a COPEL propôs, perante a 3.ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas de Curitiba, uma ação na qual pedia a declaração de nulidade da cláusula compromissória e da existência de interesses indisponíveis, requerendo ainda a concessão de ordem judicial para que a UEG se abstivesse de dar prosseguimento ao processo arbitral, sob pena de multa diária.²²⁵

Em síntese, a COPEL sustentava que não havia dispositivo legal autorizando a COPEL, uma sociedade de economia mista estadual é concessionária de serviço público, a participar de procedimento arbitral, o que retirava dela, em razão do princípio da legalidade, a capacidade para convenionar a arbitragem. No que se refere aos aspectos objetivos da disputa, a COPEL afirmava que estavam em jogo interesses indisponíveis relacionados com a prestação do serviço público e que certas matérias, por serem de ordem pública, não poderiam ser discutidas em arbitragem. A liminar foi deferida em primeira instância, e, depois de brevemente revogada por decisão proferida em agravo de instrumento interposto pela UEG, foi restabelecida por decisão do Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná.²²⁶

A despeito dessa decisão, o Judiciário do Paraná teve a oportunidade de afirmar, em procedimento relacionado com o caso *Copel*, que a comercialização de energia elétrica, ainda que efetuada por sociedade de economia mista, não suscita questões atinentes a direitos indisponíveis, sendo, portanto, passível de exame por arbitragem.²²⁷

O caso AES Uruguiana

Em 19.9.97, a Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE e a AES-Uruguiana Empreendimentos celebraram um contrato de comercialização de energia elétrica, mediante o qual a AES se comprometia a fornecer à CEEE um

²²⁵ Processo n.º 24.334.

²²⁶ UEG e COPEL firmaram acordo e, por tal razão, a matéria não foi definitivamente julgada pelo Judiciário.

²²⁷ “ARBITRAGEM. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO POPULAR QUE DEFERIU PEDIDO PARA SUSPENSÃO DO PROCESSO ARBITRAL, AO ARGUMENTO DE CONEXÃO POR PREJUDICIALIDADE EXTERNA. INADMISSIBILIDADE. COMPRA E VENDA DE ENERGIA ELÉTRICA. DIREITO DISPONÍVEL. DISCUSSÃO DA VALIDADE DO CONTRATO NO ÂMBITO DO PROCESSO DE ARBITRAGEM. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DOS ART. 8º E 25 DA LEI 9.307/96. RECURSO PROVIDO.

De acordo com o que estatui a Lei 9.307/96, é necessária a suspensão do processo de arbitragem toda vez que surgir, no seu âmbito, questão prejudicial sobre direitos indisponíveis, ou seja, quando a matéria não pode ser objeto de convenção de arbitragem. Comercialização de energia elétrica, e as obrigações daí decorrente, é direito disponível, conceito que se extrai do art. 4º, §§ 5º e 7º, da Lei 10.848/04. Ademais, o art. 8º da Lei 9.307/96 é taxativo ao estatuir que aos árbitros é atribuída a tarefa de ‘decidir as questões acerca da existência, validade e eficácia ... do contrato que contenha a cláusula compromissória.’” (processo n.º 174874900, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Ruy Fernando Oliveira).

determinado montante de energia, contratualmente estipulado. No entanto, um incêndio ocorrido nas dependências da AES no Rio Grande do Sul impediu que as operações de fornecimento de energia fossem iniciadas na data prevista. A CEEE, então, ajuizou ação condenatória na qual alegava o descumprimento do contrato, tendo a AES postulado a extinção do processo justamente pela existência de cláusula compromissória. A referida cláusula foi declarada nula em primeira instância, sob o fundamento de que a CEEE não poderia “sem a competente autorização do legislativo estadual, abrir mão do devido processo legal para dirimir eventuais conflitos concernentes ao serviço público por ela prestado.” Decidiu-se, ainda, que o juízo arbitral “constitui faculdade posta à disposição dos litigantes”, não importando “inibição ao uso das vias jurisdicionais comuns, para a solução de litígios decorrentes da má execução de suas cláusulas”,²²⁸ decisão que foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.²²⁹

Naquele que vem sendo considerado como o *leading case* no tema, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 25.10.05, reformou o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e reputou válida a cláusula compromissória firmada pela CEEE, uma sociedade de economia mista, para solucionar as disputas oriundas do contrato firmado com a AES, a despeito de inexistir lei específica autorizando a celebração da cláusula compromissória.²³⁰

O caso Nuclep

A TMC – Terminal Multimodal de Coroa Grande – SPE – S.A. celebrou com a Nuclebrás Equipamentos Pesados S.A. – Nuclep (uma sociedade de economia mista) um contrato para administrar, explorar e operar um terminal portuário, no qual se inseriu uma cláusula compromissória. Tendo surgido divergências entre as partes acerca do cumprimento do contrato, a Nuclep ajuizou ação perante

²²⁸ Processo n.º 001/1050270908-5.

²²⁹ “PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. JUÍZO ARBITRAL. CARÊNCIA DE AÇÃO.

A existência de compromisso arbitral não tem o condão de afastar a apreciação de qualquer questão pelo Poder Judiciário, assegurada constitucionalmente no inc. XXXV, do art. 5º, razão pela qual a instauração de juízo arbitral convencionado não implica falta de interesse processual.” (AI n.º 70004535662, 2ª Câmara Cível, rel. Des. Teresinha de Oliveira Silva, julg. em 13.11.02).

²³⁰ REsp. n.º 612.439-RS, 2ª Turma, in DJU de 14.9.06. Do julgamento, vale transcrever os seguintes trechos:

“Sob essa perspectiva, submetida a sociedade de economia mista ao regime jurídico de direito privado e celebrando contratos situados nesta seara jurídica, não parece haver dúvida quanto à validade de cláusula compromissória por ela convencionada, sendo despicienda a necessidade de autorização do Poder Legislativo a referendar tal procedimento.

Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei n. 9.307/96 – estatui que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem”.

a 42ª Vara Cível do Rio de Janeiro, julgada extinta em razão da existência da cláusula arbitral. Posteriormente, o Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia editou a Portaria Ministerial n.º 782, de 07 de dezembro de 2005, que anula com a rescisão contratual procedida pela Nuclep. Contra este ato, a TMC impetrou mandado de segurança pedindo a decretação de nulidade da mencionada Portaria Ministerial n.º 782.

Confirmando o precedente do caso AES, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão longamente fundamentado e relatado pelo Ministro Luiz Fux, rejeitou a alegação de que a simples presença da administração pública em um contrato tornaria os direitos por ele regulados indisponíveis, sendo necessário fazer a distinção entre os interesses primários (esses, de fato, indisponíveis) daqueles secundários, possíveis de exame em arbitragem. Depois de afirmar que a competência para apreciar a suposta invalidade da cláusula arbitral é, em primeiro lugar, dos próprios árbitros, o voto esclarece ser equivocado “relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração”, e, por tal motivo, reputou ser desnecessária a edição de lei específica para autorizar uma sociedade de economia mista a celebrar cláusula compromissória.²³¹

Breve análise dos casos

A primeira observação que se deve fazer em relação aos casos aqui relatados é a relativa à aplicação do princípio da autonomia da cláusula arbitral e ao da *Kompetenz-Kompetenz*: a competência conferida pela Lei Brasileira de Arbitragem aos árbitros para apreciar todas as questões relativas à validade e à eficácia da cláusula compromissória não deve ser afastada porque uma das partes do procedimento arbitral é o Estado ou alguma entidade por ele criada. Portanto, a apreciação do Judiciário acerca da decisão dos árbitros quanto à sua competência e à validade da cláusula compromissória é sempre mediata, pois só se realiza, no modelo da lei brasileira, após a prolação da sentença arbitral. Ademais, a alegação de que o contrato é nulo não contamina, necessariamente, do mesmo vício a obrigação arbitral, que se separa do restante do contrato.

Em segundo lugar, a exigência de lei expressa autorizadora da celebração do compromisso arbitral tem sido negada pelos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que, ao menos implicitamente, reconheceram a *capacidade* das empresas estatais para contrair tal obrigação mesmo ausente lei específica, diferentemente do que havia decidido o Tribunal de Justiça mineiro no caso *Cemig*. Não há, portanto, e segundo as decisões mais recentes, qualquer afronta ao princípio constitucional da legalidade nessas situações.

Por fim, note-se que o Superior Tribunal de Justiça também recusou, nas hipóteses aqui examinadas, o argumento de que se deve presumir *indisponível* o interesse das estatais (ainda que prestadoras de *serviço público*, ressalte-se) no

²³¹ AgRg. no MS n.º 11.308-DF, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, in DJU de 14.8.06. Deixa-se claro no julgamento que “em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao “foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais”.

exercício das suas atividades, que se regulam pelo direito privado por força da Constituição. Muito ao contrário, faz-se necessária a análise da relação jurídica controvertida para se determinar, *no caso concreto*, se o direito objeto da disputa é ou não disponível, devendo-se rejeitar premissas fundadas em uma principiolgia ultrapassada e contrária à nova ordem constitucional, suscitadas apenas para negar efeito à cláusula compromissória, decorrente da livre manifestação de vontade dos contratantes.

(c) A regulamentação legal do tema

A necessidade de se manter um ambiente favorável ao investimento no Brasil, especialmente nos setores da infra-estrutura, e os inúmeros litígios surgidos acerca da validade da cláusula compromissória inserida em contratos firmados com o Estado, fez com que o legislador — ciente do problema e para afastar as dúvidas que vinham sendo suscitadas perante o Poder Judiciário —, editasse novas regras, que tornaram indubitável o cabimento da participação do Estado nas arbitragens comerciais.

Com efeito, a Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, foi alterada pela Lei n.º 11.196, de 21 de novembro de 2005, para admitir *expressamente* a utilização da arbitragem nos contratos de concessão. Na sua nova redação, o art. 23-A da lei estabelece o seguinte:

Art. 23-A. 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, nos termos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que regula as parcerias público-privadas, por seu turno, também contempla a arbitragem como forma de solução de controvérsias, instituindo os seguintes requisitos:

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 n.º 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 n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

No que se refere especificamente ao setor elétrico, a Lei n.º 10.433, de 24 de abril de 2002, que dispõe “sobre a autorização para a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE, pessoa jurídica de direito privado, e dá outras providências”, já previa a arbitragem para as disputas envolvendo as empresas

públicas e as sociedades de economia mista.²³² Veja-se ainda que, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, desde a edição da Lei n.º 1.481, de 21 de julho de 1989, admite-se a instituição do juízo arbitral para decidir questões relativas à revisão de tarifas dos contratos de concessão.²³³

Note-se que há, ainda, uma miríade de normas contemplando, especificamente, a possibilidade de se instituir a cláusula arbitral nos contratos com o Estado,²³⁴ com o intuito de assegurar, especialmente ao investidor estrangeiro, um modelo estável e confiável de solução de disputas, decorrente de ampla e informada negociação, criando-se, com isso, um ambiente favorável ao investimento externo no Brasil.

VI Conclusão

A análise que se fez da vasta jurisprudência e da legislação, internacional e nacional, que vem procurando dar tratamento sistemático ao tema das arbitragens nos contratos celebrados com o Estado, permite-nos afirmar que há nítido processo de *convergência* entre o sistema internacional e os sistemas nacionais de arbitragem, inclusive o brasileiro. Em linhas gerais, tem-se considerado válida a utilização da arbitragem comercial nos contratos com o Estado sempre que, tendo manifestado o seu prévio consentimento, ele tenha se engajado em atividades sujeitas ao regime de direito privado. Nessas hipóteses, é vedado ao Estado obstar o curso do procedimento arbitral sob a invocação de que lhe faltaria capacidade para integrar a relação jurídica arbitral ou porque a sua simples presença na relação contratual tornaria indisponível o direito controvertido.

Essa conclusão, todavia, não significa que a execução de eventual sentença arbitral contra o Estado estrangeiro se submeterá ao mesmo regime que se aplica à renúncia da imunidade de jurisdição. Muito embora o processo de execução contra o Estado seja, em princípio, admissível, ele ocorrerá em situações mais restritas do que aquelas em que se reconhece a renúncia à imunidade de jurisdição.²³⁵

Feita essa observação, a visão mais abrangente do tema, especialmente quando se leva em consideração a importância do investimento estrangeiro para o desenvolvimento de economias ainda em processo de amadurecimento, conduz à inevitável conclusão de que o instituto da arbitragem, especialmente no que se refere aos contratos firmados com o Estado, deve, desde que observadas as exigências constitucionais e as regras da legislação arbitral, ser encarada sem preconceitos e acolhida como uma forma alternativa e eficaz de pacificação de conflitos, na qual o Estado deve ter especial interesse.

²³² Art. 2º. (...) § 4º Ficam as empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, autorizadas a aderirem ao MAE, inclusive ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 3º.

²³³ “Art. 5º. Considera-se justa a remuneração do capital que atenda: (...)”

§ 2º - Os contratos de concessão conterão regras para estabelecer mecanismos e critérios adequados de revisão de tarifas, que poderá ser feita por juízo arbitral, nos termos contratualmente previstos.”

²³⁴ Por exemplo, o art. 93, XV, da Lei 9.427/97; o art. 43, X, da Lei 9.478/97; o art. 35, XVI, da Lei n.º 10.233/01, o art. 5º da Lei n.º 5.662/71 e o art. 11 do Decreto-lei n.º 1.312/74, entre outros diplomas legais.

²³⁵ James Crawford, *Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity*, (1981) 75 AJIL 820.

Abreviações

A.D.I.L.	Annual Digest and Reports of Public International Law Cases
AC	Law Reports, Appeal Cases (Third Series)
AJIL	American Journal of International Law
All ER (Comm)	All England Law Reports (Commercial Cases)
Arb. Int'l	Arbitration International
BYBIL	British Year Book of International Law
Dep't St. Bull	United States Department of State Bulletin
F. 2d.	Federal Reporter, Second Series
F. Supp.	Federal Supplement
ICJ Rep	International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
ICSID Rep.	Reports of cases decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
Int. A.L.R.	International Arbitration Law Review
J. Int'l Arb.	Journal of International Arbitration
J.W.	Juristische Wochenschrift
PCIJ Ser. C.	Permanent Court of International Justice Series C: Acts & Documents Relating to Judgments & Advisory Opinions Given by the Court
PD	Law Reports, Probate, Divorce & Admiralty Division
QB	Law Reports, Queen's Bench (3rd Series)
QBD	Law Reports, Queen's Bench Division
US	United States Supreme Court Reports
USC	United States Code
WLR	Weekly Law Reports
YBCA	Yearbook of Commercial Arbitration

Índice de Casos Estrangeiros

Alfred Dunhill of London Inc. v. Republic of Cuba - (1976) 425 U.S. 682
Alsing Trading Co. Ltd. & Svenska Tändsticks Aktiebolaget v Greece - (1956) ILR 633
Amministrazione del Governo Britannico, Republico Ministero, Commune di Venezia v Guerrato - (1963) 46 Rivista di Diritto Internazionale 451
Anglo-Iranian Oil Company Case - ICJ Rep. 1952
Atlantic Triton v Republic of Guinea - (1986) 3 ICSID Rep. 10
Austrian Minister of Finance v Dreyfus - (1975) Répertoire Suisse de Droit International Public 352
Banque Arabe et Internationale d'Investissement v Inter-Arab Investment Guarantee Corp. - (1996) XXI YBCA 13
Benteler - (1984) 1 Journal of International Arbitration 184
Benvenuti & Bonfant v The People's Republic of Congo - (1981) 20 ILM 878
British Petroleum Exploration Co. v Libyan Arab Republic - (1973) 53 ILR 297
CCI caso n.º 1939 (1971) - (1973) Revue de l'arbitrage 122
CCI caso n.º 4381 (1986) - (1986) Journal de Droit International 1102
CCI caso n.º 6162 - (1992) 17 YBCA 153
CCI caso n.º 8035 (1995) - Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1996-2000), p. 455
Central Bank of Nigeria v non-resident petitioner - (1977) 16 ILM 501
Compagnie du Port des Quais et des Entrepôts de Beyrouth and Societe Radio-Oriente - ICJ Rep. 1960
Compania Naviera Vascongado v. S.S. Cristina - [1938] AC. 485
Creighton v Catar - Cass. 1e. civ., 6 July 2000
Electricite de Beyrouth Company (France v Lebanon) - ICJ Rep 1954
Elf Aquitaine Iran v National Iranian Oil Co - (1986) XI YBCA 97
Englander v Statni Banka Ceskoslovenka and Caisse Algerienne d'Assurance Vieillesse des Non-Salaries c. Caisse Nationale des Barreaux Français - (1974) 47 ILR 157 e (1978) 67 Rev. Critique Droit Int'l Privé 532
Framatome v Atomic Energy Organization of Iran (1982) - (1984) Journal de Droit International 58

Galakis - Cass. Civ. May 2, 1966

Government of Kuwait v American Independent Oil Co - (1982) 66 ILR 518

Ipitrade International AS v Federal Republic v Nigéria - 465 F. Supp. 824

Lena Goldfield - Cornell Law Quarterly, 36 (1950-I)

Liamco v Libya (Corte de Apelações da Suécia) - (1981) 20 ILM 893

Liamco v Libya (exequatur nos EUA) - 482 F. Supp. 1175

Liamco v Libya (laudo arbitral) - (1977) 62 ILR 140

Losinger and Co, v State of Yugoslavia - PCIJ, Ser. C., No. 78

Mitsubishi Motors v Soler Chrysler-Plymouth - (1985) 473 US 614

New York & Cuba Mail SS Co. v Republic of Korea - (1955) 132 F. Supp. 684

NV Cabolent v National Iranian Oil Co. - (1970) 9 ILM 152

Pan American Tankers Corp. v Republic of Vietnam - (1969) 296 F. Supp. 361 (SDNY)

Petrol Shipping Co v Kingdom of Greece - 360 F. 2d. 103

Procureur de la République v Société Liamco - (1979) 106 J. Droit. Int'l 857

Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad - [1958] A.C. 379

Republic of Iran v Societe Eurodif et Sofidif et Commissariat a l'Energie Atomique - (1982) 65 ILR 93

República das Filipinas - (1979) 73 AJIL 295

Republique Socialiste Federale Yougoslave v SEEE - (1986) XI YBCA 491

Sapphire International Petroleum Ltd v National Iranian Oil Co. - (1963) 35 ILR 136

Saudi Arabia v Arabian American Oil Co. - (1958) 27 ILR 117

Schooner Exchange v McFadden - (1812) 11 US 116 (7 Cranch)

Société Commerciale de Belgique - PCIJ, 1939, Ser A/B, no. 78, p. 21

Societe de Grands Travaux de Marseille (SGTM) v The East Pakistan Industrial Development Corporation (EPIDC) - (1980) V YBCA 217

Societe Fougerolle S.A. v Ministry of Defense of the Arabian Republic of Syria-W. Michael Reisman, W. Laurence Craig, William Park, & Jan Paulsson, International Commercial Arbitration: Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes, Westbury, NY: Foundation Press, Inc., 1997, appendix V.

Socobelge v Greek State - (1951) 18 ILR 3

Sogerfin S.A. v State of Yugoslavia - (1945) 10 Ann. Dig. 232

Solel Boneh International v Uganda - (1975) Journal de Droit International 938

Southern Pacific Properties Ltd v Arab Republic of Egypt (Corte de Cassação francesa) - (1984) 86 ILR 475

Southern Pacific Properties Ltd v Arab Republic of Egypt (laudo) - (1983) 22 ILM 752

Texaco Overseas Petroleum & California Asiatic Oil Co. v Libya - (1977) 53 ILR 389

The Parliament Belge - (1880) 5 PD 197

The Philippine Admiral - [1976] 2 WLR 214

Trendtex Corporation v The Central Bank of Nigeria - (1977) QB 529

Turkish Purchases Commission case (Royal Court for the Determination of Judicial Conflicts) - (1921) J.W. 773

Verlinden BV. v Central Bank of Nigeria - (1983) 461 U.S. 480

Victory Transport Inc v Comisaria General - (1964) 336 F. 2d. 354.

Western Sahara Advisory Opinion - [1975] ICJ Rep. 12

Westland Helicopters v Egito, Catar, Arábia Saudita e Emirados Árabes Unidos e AOI (the Arab Organization for Industrialization) - (1984) 23 ILM 1071

Y.M.N. Establishment v. Central Bank of Nigeria - (1977) 16 ILM 501