

A ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PROCESSO DE HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Daniel Coelho

Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Introdução

Após a promulgação da Lei nº 9.307/96 e o reconhecimento de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a arbitragem vem se difundindo como mecanismo alternativo de solução de conflitos. A celeridade, a especialização dos árbitros, a privacidade e a confidencialidade que se notabilizam no procedimento arbitral vêm se revelando de grande valia para a resolução de conflitos de elevado valor econômico e extrema complexidade legal, tais como disputas societárias entre acionistas de grandes empresas, responsabilidade contratual de fornecedores de equipamentos e serviços de grande porte e controvérsias na interpretação de cláusulas de contratos de empréstimos e financiamento.

No Brasil, apesar da dinamização e diversificação da economia nos últimos quinze anos, o Estado ainda possui um papel importante, quiçá preponderante, na geração e circulação de riquezas. Seja por meio dos entes da chamada administração direta, seja por meio de autarquias, empresas públicas e fundações, ou ainda, e principalmente, das sociedades de economia mista, o Estado Brasileiro é um agente econômico extremamente relevante. Para que não se perca tempo com construções teóricas desnecessárias, basta citar o peso econômico de entes como a Petrobras, o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal e o BNDES.

Por outro lado, muitas das mais relevantes atividades econômicas exploradas por particulares, tais como geração e distribuição de gás, petróleo e energia elétrica, transportes públicos, distribuição de água, prestação de serviços de telefonia e

fornecimento de dados, mineração, dependem de concessão, autorização ou permissão estatal.

Exatamente em decorrência de sua importância na geração e circulação de riquezas no Brasil, o Estado, ou mais precisamente sua personificação administrativa, isto é, a Administração Pública¹, também figura como parte de inúmeras relações jurídicas e/ou contratos de elevado valor e extrema complexidade legal. Isso vem levando a própria Administração a propor ou acolher a eleição da arbitragem como mecanismo de solução dos conflitos oriundos de suas relações negociais.

Apesar de a jurisprudência registrar antigos precedentes esparsos sobre a matéria, somente nos últimos anos os tribunais vêm analisando de forma mais consistente o tema e, ainda assim, de forma bastante restrita à arbitragem entre sociedades de economia mista e particulares. A saída encontrada pela jurisprudência mais atual para se posicionar em favor da arbitrabilidade dos conflitos entre as sociedades de economia mista e particulares foi recorrer à construção doutrinária da teoria dos interesses públicos primários e interesses públicos secundários², segundo a qual seriam da segunda espécie os interesses patrimoniais da Administração, os quais, por serem disponíveis, seriam suscetíveis de discussão na via arbitral³. Porém, não se sabe ainda como os tribunais, especialmente, os superiores, se pronunciarão quando a eles forem levadas controvérsias sobre o cabimento de arbitragens, notadamente internacionais, envolvendo particulares, organismos multilaterais de crédito ou outros Estados, por exemplo, e, de outro lado, a Administração direta federal, dos estados ou dos municípios. Quais serão os critérios para diferenciação das questões passíveis de solução por arbitragem daquelas que somente podem ser resolvidas pelos tribunais brasileiros? A sujeição de determinadas controvérsias à arbitragem violará a ordem pública? Será que bastará aos tribunais diferenciar o interesse público primário e secundário para que se reconheçam os casos passíveis de solução pela via arbitral?

Muito provavelmente, essas questões mais sensíveis surgirão quando sentenças arbitrais estrangeiras forem submetidas ao processo de homologação para sua

¹ JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de Direito Administrativo, Editora Saraiva, São Paulo, 2005, na página 90.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Curso de Direito Administrativo Brasileiro, 15ª Edição Malheiros Editores, São Paulo, pgs. 56/57.

³ Nesse sentido, o acórdão da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 28 de junho de 2006.

execução no Brasil. Daí me parecer bastante interessante tentar oferecer respostas às indagações colocadas acima com fundamento na interpretação das normas que regem o processo de homologação de sentença estrangeira, cuja competência, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

Responder às questões suscitadas acima depende da melhor compreensão possível sobre as normas que regem o processo de homologação de sentença arbitral estrangeira, as quais sofreram grande evolução desde que foram regulamentadas pela primeira vez. Por conseguinte, antes de enfrentar as questões colocadas, apresento uma síntese dessa evolução.

1. Antecedentes Históricos

Apesar de muito pouco utilizado e discutido até a última década do século passado, o processo de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras possui regulamentação em nosso ordenamento desde o longínquo ano de 1878, quando editado o Decreto nº 6.892. Ainda no século XIX, o artigo 12 da Lei nº 221, de 1894, também assegurava ao interessado a possibilidade de requerer “a homologação de sentenças arbitrais homologadas por tribunais estrangeiros”⁴.

Ao longo das diversas Constituições Brasileiras, a competência para a homologação de sentenças estrangeiras foi tradicionalmente atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Até o advento da Lei nº 9.307/96, a jurisprudência do Supremo exigia que o interessado percorresse um longo e penoso caminho para homologação um laudo arbitral estrangeiro em nosso país. Essa jurisprudência não reconhecia a validade pura e simples do laudo arbitral proferido no exterior e entendia que o interessado deveria obter primeiramente a homologação do laudo arbitral no país em que o mesmo havia sido proferido. Munido da sentença homologatória proferida no país de origem, o interessado estaria então apto a requerer a homologação dessa sentença perante o Supremo Tribunal Federal. Segundo José Maria Rossani Garcez⁵, essa jurisprudência se originou da equivocada interpretação que a doutrina então vigente emprestou às disposições do artigo

⁴ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*, 2ª edição revista e ampliada, Editora Lume Juris, Rio de Janeiro, 2003, página 193.

⁵ GARCEZ, José Maria Rossani, *op. cit.*, p. 193.

13 do Decreto nº 6.892/1878 e do artigo 12 da Lei nº 221/1894, que faziam alusão à “homologação das sentenças arbitrais homologadas por tribunais estrangeiros”. Para os doutrinadores de então, somente seriam passíveis de homologação as sentenças oriundas de tribunais estatais estrangeiros. Apesar de equivocado, esse entendimento prevaleceu mesmo após a revogação do Decreto nº 6.892/1878 e da Lei nº 221/1894.

A jurisprudência cristalizada no Supremo Tribunal Federal tornava o processo de homologação extremamente lento, pois, se o vencido fosse brasileiro, o vencedor era obrigado a citá-lo por rogatória para responder ao processo de homologação do laudo arbitral estrangeiro no exterior, sob pena de que a homologação da sentença homologatória estrangeira fosse rejeitada no Brasil com fundamento na violação dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. E havia ainda um outro problema muito mais grave que, em alguns casos, tornava impossível o reconhecimento da validade do laudo arbitral estrangeiro: nos países que emprestavam força de sentença ao laudo arbitral proferido em seus territórios, não havia procedimento cabível para a homologação da sentença arbitral⁶.

Em boa hora, a Lei nº 9.307/96 tornou absolutamente dispensável esse tortuoso caminho em busca da homologação do laudo arbitral estrangeiro em nosso país equiparando-o à sentença judicial por força de seu artigo 18. E, para que não restassem quaisquer dúvidas de que o penoso processo de dupla homologação estava sepultado de uma vez por todas, o artigo 35 da mesma lei expressamente dispõe que “para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal”. Como ensina Carlos Alberto Carmona⁷, o legislador “adotou a tese de que cabe à ordem jurídica pátria estabelecer o que seja sentença estrangeira para efeito de homologação no fórum: por isso mesmo, determinou que, à semelhança do direito nacional, os laudos proferidos no exterior terão a mesma eficácia das sentenças estatais, merecendo exame direto na Suprema Corte para efeito de reconhecimento de sua eficácia no território nacional, independentemente da qualificação que lhes seja dada pela lei do Estado em que foram proferidas as decisões”. Ou seja, mesmo que a lei do Estado de origem não equipare o laudo arbitral às “sentenças”, a partir da edição da Lei nº 9.307/96, o interessado poderá requerer

⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*, 5ª Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1994, p. 282.

⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, p. 353.

diretamente sua homologação no Brasil, pois o artigo 18 dessa lei combinado com o inciso VI do artigo 584 do Código de Processo Civil, com a nova redação dada pela Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, equipararam os laudos arbitrais às sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.

Antes da promulgação da Lei nº 9.307/96, o processo de homologação da sentença arbitral estrangeira era regido basicamente pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que possui força de lei e ao qual o parágrafo único do artigo 483 do Código de Processo Civil expressamente remetia as partes. As normas sobre a homologação de sentença estrangeira localizavam-se no Capítulo II do Título VIII do Regimento Interno do Supremo, intitulados respectivamente “Da Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira” e “Dos Processos Oriundos de Estados Estrangeiros”. Basicamente, essas normas dispunham sobre os requisitos indispensáveis à homologação da sentença estrangeira (artigos 215, 216 e 217), os requisitos essenciais da petição inicial do requerimento de homologação (artigos 218 e 219), a resposta do requerido (artigos 220 e 221), competência para decidir sobre o requerimento de homologação (artigos 222 e 223) e finalmente a execução da decisão homologatória (artigo 224).

O Regimento Interno do Supremo já estabelecia hipóteses bastante restritivas de contestação ao pedido de homologação da sentença estrangeira, valendo destacá-las: ofensa à soberania nacional, ordem pública ou bons costumes; prolação por juiz incompetente; citação irregular ou inexistência de citação; ausência de trânsito em julgado e/ou das formalidades necessárias à execução no lugar em que foi proferida; falta de autenticação pelo cônsul brasileiro e/ou de tradução oficial.

A Lei nº 9.307/96 trouxe muitas inovações ao processo de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, embora seu artigo 36 tenha ressalvado que as normas dos artigos 483 e 484 do Código de Processo Civil e, por via de consequência, as normas do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal seriam igualmente aplicáveis ao referido processo no que não contrariassem as disposições da nova lei.

À primeira vista, os artigos 38 e 39 da Lei nº 9.307/96 parecem ter aumentado as hipóteses de rejeição do pedido de homologação da sentença arbitral previstas nos artigos 216 e 217 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Todavia, uma análise mais atenta dos artigos da nova lei revela que a intenção do legislador foi reduzir ao máximo tais hipóteses, tentando eliminar as incertezas interpretativas que pudessem

dar margem às alegações protelatórias do vencido para evitar a homologação da sentença arbitral estrangeira. Em primeiro lugar, o *caput* do artigo 38 da nova lei ressalta que as hipóteses de denegação do pedido de homologação são taxativas e sintomaticamente inicia sua oração principal com a expressão “Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral...”. O mesmo *caput* do artigo 38 também deixa claro que as hipóteses de denegação da sentença arbitral dependem de alegação do réu, não podendo ser conhecidas de ofício pelo órgão judicial encarregado do exame de homologação.

O artigo 39 estabelece as hipóteses de denegação da homologação da sentença arbitral estrangeira que poderão ser conhecidas de ofício pelo órgão judicial responsável pelo julgamento do pedido de homologação. Essas hipóteses são a do litígio que não é suscetível de resolução por arbitragem segundo a lei brasileira e a da decisão que ofender a ordem pública nacional.

Carlos Alberto Carmona⁸ ressalta que as hipóteses de denegação do pedido de homologação da sentença arbitral previstos nos artigos 38 e 39 da Lei nº 9.307/96 são exatamente as mesmas que se encontram dispostas no artigo V da Convenção de Nova Iorque, a qual dispõe sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Como essa convenção não havia sido ainda ratificada pelo Brasil à época em que o projeto que originou a Lei nº 9.307/96 tramitava no Congresso Nacional, mas, como se entendia que seria importante adequar nosso ordenamento aos mais modernos do mundo, o legislador acabou se inspirando no diploma internacional pendente de ratificação para instituir as hipóteses restritivas de denegação do pedido de homologação constantes dos artigos 38 e 39 da nova lei.

Por meio do Decreto nº 4.311/2002, foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro as regras sobre homologação de sentenças arbitrais estrangeiras da Convenção de Nova Iorque, as quais revogaram as normas da Lei nº 9.307/96 sobre o tema. Isso porque, como reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o tratado internacional introduzido no ordenamento jurídico brasileiro modifica a legislação nacional que lhe é anterior⁹.

⁸ Op. cit., p. 367.

⁹ Nesse sentido, confira-se o acórdão proferido pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do Hábeas Corpus nº 88.420-2/PR.

A modificação de competência para julgamento dos pedidos de homologação de sentença estrangeira determinada pela Emenda Constitucional nº 45/04 obrigou a Presidência do Superior Tribunal de Justiça a editar provisoriamente uma resolução (Resolução nº 09/05) para orientar o tribunal no processamento de tais pedidos perante aquela Corte. Essa resolução não tem força de lei e, quanto aos requisitos necessários à homologação de sentença arbitral estrangeira, só pode ser interpretada como mera orientação aos membros do próprio tribunal. Aliás, os dispositivos da resolução que tratam desses requisitos se limitam a repetir aquilo que está prescrito na Convenção de Nova Iorque, razão pela qual será desnecessário abordar tal resolução na análise feita a seguir.

2. Os Requisitos Objetivos para Homologação da Sentença Arbitral Estrangeira Decorrente de Arbitragem com a Administração Pública Direta

Como o próprio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou favoravelmente à adoção da arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo as sociedades de economia mista¹⁰, é muito provável que seus ministros não venham a levantar óbices à homologação de sentença arbitral envolvendo esses entes com fundamento em alegada impossibilidade de solução arbitral de seus conflitos ou de ofensa à ordem pública nacional. Esta é a razão pela qual esta análise se voltará apenas aos critérios para homologação da sentença arbitral estrangeira oriunda de conflitos envolvendo a Administração Pública direta de qualquer ente federativo brasileiro.

Segundo José Maria Rossani Garcez¹¹, o processo de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras em nosso país segue o modelo italiano do juízo de delibação (“giudizio di delibazione”), mas, conforme ensina Barbosa Moreira, é muito mais rigoroso que o modelo que o inspirou porque só permite ao tribunal responsável pela homologação examinar os aspectos formais da decisão a ser homologada e verificar se a mesma não conflita com a ordem pública, sem que se adentre na discussão sobre a boa ou má qualidade do mérito de tal decisão¹².

¹⁰ Vide precedente já citado na nota 3 acima.

¹¹ GARCEZ José Maria Rossani, op. cit., p.194.

¹² BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 247.

No julgamento da SEC 5778/Estados Unidos da América, o voto do Ministro Celso de Mello¹³ resumiu com precisão o objetivo do processo de homologação de sentenças estrangeiras: “A ação de homologação destina-se, a partir da verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, a propiciar o reconhecimento de decisões estrangeiras pelo Estado brasileiro, com o objetivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que são inerentes a esses atos de conteúdo sentencial”. A mesma decisão traça os limites do juízo de delibação do órgão judicial responsável pela homologação da sentença estrangeira: “O sistema de controle limitado que foi instituído pelo direito brasileiro em tema de homologação de sentença estrangeira não permite que o Supremo Tribunal Federal, atuando como tribunal do foro, proceda, no que se refere ao ato sentencial formado no exterior, ao exame da matéria de fundo ou à apreciação de questões pertinentes ao *meritum causae*, ressalvada, tão-somente, para efeito do juízo de delibação que lhe compete, a análise dos aspectos concernentes à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes.”

Barbosa Moreira anota que o conceito de soberania nacional está inserido no de ordem pública¹⁴. E entendo que o mesmo se pode dizer em relação à outra possível causa objetiva de recusa à homologação da sentença arbitral estrangeira mencionada na alínea “a” do item 2 do artigo V da Convenção de Nova Iorque, qual seja, a constatação de que se trata de uma divergência que “não é passível de solução mediante arbitragem”, na dicção da própria convenção. É que, no Brasil, por força do artigo 1º da Lei nº 9.307/96, não são suscetíveis de resolução pela via arbitral as controvérsias sobre direitos indisponíveis. Assim, obviamente violaria a ordem pública brasileira, uma sentença arbitral que decidisse litígio sobre direitos indisponíveis, os quais, como ensina Carmona, “resguardam interesses fundamentais da coletividade”¹⁵.

Diante disso, resta saber se feriria a ordem pública brasileira a sentença arbitral que decidisse um litígio entre particular ou organismo público estrangeiro e a administração pública direta brasileira. Em primeiro lugar, é necessário ressaltar que, como ensina Arnold Wald¹⁶, a confrontação entre a sentença arbitral estrangeira e a ordem pública não deve levar em consideração todo o ordenamento jurídico do país no qual se requer a

¹³ Publicado na “Revista de Arbitragem e Mediação”, Ano 2, Volume 5 (abril-junho de 2005), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, nas páginas 184/188.

¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, ob. cit., p. 159.

¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto, op. cit., p. 56.

¹⁶ WALD, Arnold. Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 3, Volume 8 (janeiro-março de 2006), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 10.

homologação da decisão estrangeira, mas tão-somente “os princípios essenciais da ordem jurídica do foro”, sejam eles jurídicos, morais, religiosos, ou até econômicos e políticos”. Trata-se de conceber a ordem pública no plano internacional, levando em consideração apenas seus valores essenciais, políticas públicas e direitos essenciais do homem constitucionalmente garantidos ou decorrentes de tratados internacionais”¹⁷.

Isso afasta, de plano, a alegação de que a supremacia do interesse público impediria a resolução por arbitragem dos conflitos entre a administração direta e os particulares. É que a expressão “supremacia do interesse público” representa uma fórmula vazia, já que não existe apenas um único interesse público, mas diversos interesses públicos, todos calcados na supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais¹⁸. Por conseguinte, não existiria um “interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública. Uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo ‘o *interesse público*’. Mas não se legitimará mediante a invocação a esse ‘interesse público’, e sim porque compatível com os direitos fundamentais”¹⁹.

Seguindo essa lógica, a análise da sentença arbitral estrangeira à luz do princípio do respeito à ordem pública, no curso do processo de homologação perante o STJ, deverá se voltar fundamentalmente para o conteúdo dessa sentença arbitral, verificando se este se compatibiliza com os direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica nacional e por tratados internacionais acolhidos por esta. Jamais se poderá rejeitar a homologação com amparo na qualidade dos entes litigantes (i.e, se entes privados ou públicos) ou na natureza dos direitos em discussão. O importante é a compatibilidade do resultado da arbitragem com os direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Essa é a única postura que se compatibiliza com a instrumentalidade que se deseja do direito processual contemporâneo, preocupado com a produção de resultados justos.

¹⁷ Wald, Arnold, op. cit., p. 10.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 45.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 45.

Nessa linha, é importante se afastar também a idéia bastante difundida de que a administração pública somente poderia participar de arbitragem se previamente autorizada por lei. O artigo 1º da Lei de Arbitragem autorizou expressamente toda e qualquer pessoa capaz de contratar a dirimir litígios sobre direitos patrimoniais por arbitragem e dessa categoria não se exclui a administração pública ²⁰.

Em outras palavras, não se pode descartar de antemão a arbitragem como um dos mecanismos de acesso à ordem jurídica justa em litígios envolvendo a administração pública. Ela só não poderá ser empregada para esse fim quando resultar em violação a direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico nacional.

3. Conclusão

O processo de homologação de sentença arbitral estrangeira se destina basicamente ao exame de eventuais violações à ordem pública nacional, representada pelos valores fundamentais de nosso povo. E a arbitragem é um mecanismo de solução de conflitos que, ao lado do processo tradicional, costuma produzir resultados justos, compatíveis com esse conceito de ordem pública. Daí que, em homenagem ao princípio do acesso à ordem jurídica justa, o exame das sentenças arbitrais estrangeiras envolvendo a administração pública nacional, no processo de homologação, deve ter mais em conta a justiça substancial propiciada por tais sentenças (i.e, a compatibilidade com os direitos fundamentais protegidos) do que a técnica (arbitragem) empregada para a produção delas (as sentenças).

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Curso de Direito Administrativo Brasileiro, 15ª Edição Malheiros Editores, São Paulo.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de Direito Processual, 5ª Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1994.

²⁰ ZIMMERMANN, Denny, Alguns Aspectos sobre a Arbitragem nos Contratos Administrativos à Luz dos Princípios da Eficiência e do Acesso à Justiça: Por uma Nova Concepção do que Seja Interesse Público, Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 4, Volume 12 (janeiro – março de 2007), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, ps. 83/84.

- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo, 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo.
- GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem, 2ª edição revista e ampliada, Editora Lume Juris, Rio de Janeiro, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de Direito Administrativo, Editora Saraiva, São Paulo, 2005.
- WALD, Arnold. Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 3, Volume 8 (janeiro-março de 2006), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.
- ZIMMERMANN, Dennys, Alguns Aspectos sobre a Arbitragem nos Contratos Administrativos à Luz dos Princípios da Eficiência e do Acesso à Justiça: Por uma Nova Concepção do que Seja Interesse Público, Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 4, Volume 12 (janeiro – março de 2007), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, ps. 83/84.