

O ESTADO E O JUÍZO ARBITRAL

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

1. O *compromisso* (arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil) é, no dizer de CLÓVIS BEVILÁQUA (*Código Civil*, coments. ao art. 1.037), “o ato jurídico pelo qual as partes, em vez de recorrer ao Poder Judiciário, escolhem juízes árbitros, para decidir as suas questões”.

Tem por objetivo extinguir obrigações (e daí, sua posição, em nosso Código Civil, entre os “efeitos das obrigações”), pondo fim a controvérsias sôbre as mesmas. Aproxima-se da *transação* (cf. art. 1.048), embora desta se diferencie em alguns pontos básicos. Com efeito, na *transação*, as partes, diretamente, previnem ou fazem cessar o litígio, *através de concessões recíprocas*, enquanto o *compromisso* resolve, igualmente, as pendências judiciais ou extrajudiciais daquelas, subtraindo ditas pendências ao pronunciamento da *Justiça Comum* e, sujeitando-as à Jurisdição excepcional, que é o *Juízo Arbitral*.

Assim, a *transação* é mais onerosa do que o *compromisso*, pois pressupõe concessões recíprocas: neste, presume-se que os árbitros, que substituem os juízes, vão decidir a favor daquele que tem o direito.

Já dizia F. MENDES PIMENTEL (*Revista Forense*, 26/29):

“A transação ultima a contenda; se uma das partes tentar renová-la, opôr-lhe-á a outra a *exceptio litis per transactionem finitae*. O compromisso afirma e mantém o litígio, para que o árbitro o dirima.

É da substância da primeira ser um contrato comutativo. É da natureza do segundo nada cederem as partes nas suas pretensões.

Naquela dá-se renúncia de direito, cada parte entende alienar uma porção do objeto da transação, para conservar incontestado o restante. Neste só se pactua a derrogação da ordem legal das jurisdições, para se

submeter à decisão arbitral todo o objeto do litígio — *compromittere est simul promittere stare sententiae arbitri.*”

Daí, a razão por que o mandatário, autorizado a *transigir*, não o está a *firmar compromisso*; não que êste seja mais oneroso à parte, do que a *transação*, mas sim, porque são institutos próximos, mas diversos. A capacidade para *comprometer* é a de *contratar* (art. 1.037 do C. Civil).

Continua F. MENDES PIMENTEL (loc. cit., fls. 33/34) :

“É muito elucidativo o tratamento dado ao instituto do compromisso nos projetos de nossa codificação civil, em confronto com o dispositivo que prevaleceu na Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro dêste ano.

O projeto COELHO RODRIGUES adotava o critério da *transigibilidade* :

Art. 692. As pessoas, *que podem transigir*, podem também por compromisso escrito louvar-se num terceiro, como árbitro das suas contestações judiciais ou extrajudiciais.

O projeto CLÓVIS BEVILÁQUA seguia o da *disponibilidade* :

Art. 1.177. É lícito às pessoas *que podem alienar*, louvar-se em um terceiro como árbitro de suas contestações.”

O Código Civil acabou com as restrições e dispôs que pode comprometer, quem pode contratar :

Art. 1.037. As pessoas *capazes de contratar* poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais”.

2. Divergem os autores quanto à natureza jurídica do *compromisso*, apresentando-o como *contrato ora de direito material, ora de direito processual, ora como acôrdo de vontades*.

Fundamental é fixar-lhe o caráter de modalidade de *auto-composição de litígios*, com a conseqüente extinção das obrigações.

É, como salienta M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (*Doutrina e Prática das Obrigações*, Ed. Rev. Forense, pág. 668), ponto de contato e transição entre o direito substantivo e o adjetivo :

aquêles representado pela convenção entre as partes, para, desta forma, resolverem a questão; êste, pelo juízo arbitral que se forma, e respectiva sentença, que extingue a obrigação.

Diz PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 2.^a edição, pág. 137), que “quanto à sua eficácia, o compromisso é negócio de direito material com eficácia negativa no direito pré-processual (exclusão dos juízes estatais) e eficácia positiva no direito processual (submissão das partes aos efeitos do laudo arbitral homologado)”.

3. É comum a inclusão, em contratos, de cláusula pela qual as partes contratantes convencionam que questões dos mesmos originadas sejam submetidas a decisão por árbitros.

É a chamada *cláusula compromissória*, “*pactum de compromittendo*”, que consiste na obrigação de celebrar o *compromisso*, nos casos previstos.

É um acessório do contrato principal, com a natureza de *pré-contrato*, *contrato preliminar*, *promessa de compromisso*, que gera, no Direito Brasileiro, obrigação de fazer, e cujo objeto é a celebração do *compromisso*.

Êste, como ensina CARNELUTTI, refere-se a uma pendência *iam nata*: a *cláusula compromissória*, a uma *mondum nata*.

ELIEZER ROSA, em seu *Dicionário de Processo Civil*, cita a opinião de SATTI, excepcional, é verdade, na doutrina, e que não distingue os dois institutos: o *compromisso*, como autolimitação da vontade nas partes, tanto abrangeria a hipótese de aceitação prévia de um julgamento de outrem sôbre uma lide por nascer, como também a do empenho da palavra de aceitá-la para uma lide eventual, da qual nada se sabe ou se pode imaginar.

4. É claro que, não obstante a celebração do *pacto “de compromittendo”*, as partes podem recorrer, se assim resolverem, de comum acôrdo, à Justiça Comum.

As divergências surgem na hipótese de descumprimento do pacto, por uma das partes, que se negue a celebrar o compromisso, quando do advento de uma divergência concreta.

Alguns juristas negam qualquer eficácia à *cláusula compromissória*, tachando-a de inócua e inútil, sem nenhum valor vinculativo: seria simples promessa, verdadeiro compromisso moral, sem força jurídica.

Entre tais autores, costumam ser citados WALDEMAR FERREIRA (*Sociedades por Quotas*, 5.^a ed., pág. 37) e VIRGÍLIO SÁ PEREIRA (*Revista Forense*, 41/455).

O artigo 9.^o e seu parágrafo único, do Decreto n.^o 3.900, de 26/6/1867, sôbre o Juízo Arbitral do Comércio, estabelecia, a propósito:

“A cláusula de compromisso, sem a nomeação de árbitros, ou relativa a questões eventuais, não vale senão como promessa, e fica dependente para sua perfeição e execução de novo e especial acôrdo das partes, não só sobre os requisitos do art. 8.º, senão, também, sobre as declarações do art. 10.

Parágrafo único. Esta disposição é extensiva aos estatutos das companhias ou sociedades anônimas”.

Em posição oposta estão os que reconhecem a eficácia jurídica do pacto, embora divergindo nas respectivas conseqüências. É o caso de ÁLVARO MENDES PIMENTEL (*Da cláusula compromissória no Direito Brasileiro*, 1894, pág. 67), CARVALHO SANTOS (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, 2.ª ed., vol. XIV, pág. 28), OROSIMBO NONATO (*Revista Forense*, 69/116), CLÓVIS (ib) e PONTES DE MIRANDA (ib, págs. 167/8).

Diz CLÓVIS:

“É como obrigação de fazer, desde que *nemo potest precise cogi ad factum*, não obriga às partes a celebração do compromisso, embora o não celebrá-lo constitua infração do contrato, que dará lugar à responsabilidade civil.

O direito italiano autoriza o juiz a nomear árbitros, se as partes, desprezando a cláusula compromissória, deixam de fazê-lo. É o que determina o art. II do Código de Processo Civil italiano: “Quando em um contrato, ou depois, as partes se obrigam a comprometer as controvérsias, que dêle possam surgir, se os árbitros não são nomeados ou vierem a faltar, por qualquer causa, todos, ou alguns, nomeá-los-á a autoridade judiciária que seria competente para conhecer da controvérsia, sempre que as partes não tiverem estipulado diversamente”. Esta solução tem sido criticada, por desnaturar o compromisso; mas a tendência do direito moderno é dar validade e eficácia à cláusula compromissória”.

Estamos, no particular, com PONTES DE MIRANDA, que, na obra e local citados, dirimiu, com absoluto acêrto, a nosso ver, a questão, doutrinando:

“Quanto à promessa de comprometer-se, tudo se passa semelhantemente. Não se pode, para se obter

o compromisso, se o pacto *de compromittendo* não precisou cada ponto do compromisso prometido, invocar o artigo 1.006 do Código de Processo Civil, nem, tampouco, pretender que o Juiz nomeie o árbitro (Câmaras Reunidas da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 26 de julho de 1923, R. de D., 145; 1.^a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 2 de dezembro de 1940, A.J., 58, 53). O pacto de *compromittendo* não gera a exceção de compromisso (3.^a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 31 de março de 1943, Rev. dos Tribs., 145, 633). Daí a conveniência de se inserir a pena. Mas há a ação de indenização por inadimplemento.

O pacto *de compromittendo* dá ensejo a que nasça a pretensão à conclusão do compromisso. Por isso, a ação que se há de propor é a ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil. O art. 1.006, § 2.º, é invocável, de modo que não há qualquer particularidade pré-processual.

Se, acaso, havia dívida de contraprestação, incide o art. 1.006, § 1.º.

Devemos assinalar que OROSIMBO NONATO (loc. cit.), em voto vencido como desembargador na então Côrte de Apelação de Minas Gerais, sustentou:

“Pode o Juiz, na hipótese de recusa do dever do compromitente, eleger, por êle, os Juizes arbitrais, tratando-se como se trata, de obrigação de fazer, em que a execução forçada é sempre possível, desde que não haja violência à pessoa do devedor”.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

“Cláusula compromissória (*pactum de compromittendo*) ainda não é constitutivo do juízo arbitral, mas obrigação de o celebrar. Trata-se de uma obrigação de fazer, que se resolve em perdas e danos, e que, como pacto de ordem privada, não torna incompetente o juiz natural das partes, se a êle recorrem” (Rec. extr. 58.696, decisão da 3.^a Turma, do Relator Min. Luiz Gallotti; Rev. Trib. Just., 42/212).

5. No que se refere ao Estado, a questão que surge, é a referente à competência do *Poder Executivo*, com relação a con-

tratos administrativos, para celebrar *cláusulas compromissórias* e *compromissos*: necessita a *Administração Pública*, em tais hipóteses, de *autorização legislativa*?

RUI BARBOSA (Rio, 1915), na petição inicial da ação de nulidade de arbitramento movida pelo Estado do Espírito Santo contra o de Minas Gerais (contestada por F. MENDES PIMENTEL no trabalho do qual citamos trechos), debateu, com profundidade, a matéria, tendo sustentado, na oportunidade, que o direito de *comprometer* supõe o de *transigir*, e êste, o de *dispor*, não sendo, pois, possível o arbitramento com relação aos pleitos em que se ache envolvida a ordem pública.

RUI, em outros casos, desenvolveu a mesma tese, como ocorreu na questão de limites entre o Ceará e o Rio Grande do Norte, e no parecer que emitiu sobre “renúncia do direito de recorrer”.

CARLOS MEDEIROS SILVA, na qualidade de Consultor-Geral da República, teve ensejo de proferir dois pareceres sobre o assunto (Revista de Direito Administrativo, 31/489 e 35/450), nos quais sustentou a tese da necessidade de autorização legislativa para que o Estado possa firmar *compromissos*. Diz o eminente mestre:

“Ao par da alienação da competência para decidir na esfera administrativa, o compromisso envolveria, ainda, a subtração da controvérsia ao conhecimento do Poder Judiciário, pela forma usual. Evidentemente, tal subversão somente poderia encontrar *apoio em lei especial de autorização*”. (R. D., 31/495).

Com referência à *cláusula compromissória* pactuada pelo Estado, sem autorização legislativa, afirma (ib.):

“A cláusula compromissória celebrada por agente incapaz (Cód. Civil, art. 82) não pode induzir à responsabilidade do Estado, pelo fato de não se lhe seguir o compromisso. Caso contrário, a autoridade administrativa, sem competência, colocaria o Poder Legislativo em posição de constrangimento, devendo optar, ante o excesso de poderes, entre a homologação de uma renúncia à jurisdição ordinária e o risco de indenizar. Não é lícito aos particulares que contratam com o Estado, por outro lado, ignorar que há leis gerais e especiais a observar (Código Civil, art. 83)”.

Aliás, a leitura dos aludidos pareceres do preclaro publicista brasileiro é fundamental à boa compreensão da controvérsia, pois apresentam, mormente o primeiro citado, minucioso escôrcço histórico da mesma, mostrando como o problema vem sendo tratado,

desde o Império, nas esferas administrativa e legislativa, dando ênfase, naturalmente, às manifestações em abono de seu ponto de vista.

Dentro da mesma orientação de CARLOS MEDEIROS, podemos citar ALCEU OCTACILIO BARBEDO (R.D.A. 60/393).

6. Mas a tese oposta, parece-nos ser, *data venia*, a melhor.

Em verdade, como já vimos, a capacidade para firmar *cláusula compromissória* é, simplesmente, a *de contratar* (art. 1.037, do Código Civil).

Outrossim, ao *compromisso* só se aplica, na medida do possível, o disposto acêrca da *transação* (C.C., art. 1.048), mostrando CLÓVIS BEVILÁQUA (ob. cit., coms. ao art. 1.048) que os artigos comuns são os de números 1.026, 1.027, 1.031, 1.033 e 1.035.

Ora, a autoridade administrativa competente para *contratar*, pode, portanto, *firmar compromisso* e, em princípio, inclusive, *transigir*. É o que se conclui, por exemplo, do *parágrafo único do art. 19 do Regimento da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara, aprovado pelo Decreto Estadual "IV" n.º 1.008, de 29 de janeiro de 1968*, em que se lê:

"Os Procuradores não poderão transigir, confessar, desistir, acordar ou deixar de usar dos recursos ordinários cabíveis, salvo quando expressamente autorizados pelo Governador (os grifos são nossos).

É comum, aliás, a rescisão amigável de contratos administrativos, com a conseqüente composição dos direitos patrimoniais recíprocos.

Aliás, seriam necessárias disposições constitucionais ou legais, expressas que dessem às Assembléias Políticas a competência para outorgar tal autorização, o que não ocorre.

A *Lei Federal n.º 1.341, de 30/1/51 (Lei Orgânica do Ministério Público da União)*, em seu art. 23 e respectivo parágrafo único, assim dispõe:

"Salvo quando autorizados pelo Procurador-Geral, os órgãos do Ministério Público da União não podem transigir, comprometer-se, confessar, desistir ou fazer composições.

Parágrafo único — Sempre que julgarem conveniente, deverão representar confidencialmente ao Procurador-Geral, para que êste, opinando a respeito, obtenha do poder competente a necessária autorização para *transigir, confessar, desistir ou fazer composições*". (os grifos são nossos).

No particular, se dúvida pudesse haver quanto à desnecessidade de autorização legislativa para *transigir, confessar, desistir* ou *fazer composições*, dada a cláusula “para que este (o Procurador-Geral) obtenha do poder competente a necessária autorização” — embora achemos que se trate do Executivo, ou, do Poder que praticou o ato ou a omissão impugnado pela outra parte — o mesmo não ocorre com o *compromisso*, previsto no *caput* do artigo, (que exige, apenas, autorização do Procurador-Geral) e não contemplado no parágrafo único respectivo.

Outrossim, o *fôro privativo da Fazenda Pública*, no Poder Judiciário, é uma garantia para esta, e não obstáculo à celebração de compromisso.

Como bem argumentava F. MENDES PIMENTEL, sob o regime de 1891 (loc. cit., fls. 39), em lição ainda plenamente válida:

“A contextura constitucional torna evidente que a *originariedade* e a *privatividade* de competência do Supremo Tribunal Federal não exclui a decisão arbitral, quando a matéria litigiosa se compadece com semelhante solução judicial.

Basta continuar a leitura dessa mesma cláusula da Constituição:

Art. 59. Ao Supremo Tribunal compete: I — Processar e julgar *originária e privativamente*:

d) os litígios e reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados.

Se esta competência originária e privativa excluísse o arbitramento, nossa Chancelaria não teria o justo orgulho de haver ajustado o maior número de pactos dessa natureza, nem nosso genial embaixador em Haia teria defendido, perante a Assembléia das Nações, a arbitragem como o meio de organizar a justiça internacional”.

O mesmo F. MENDES PIMENTEL já sustentava:

“Pode comprometer, quem pode contratar. Ninguém nega que os Estados podem celebrar contratos.

Ninguém duvida que tais convenções podem ser ajustadas entre essas pessoas jurídicas de direito público interno.

Portanto — pelas regras do *nosso direito privado* e pelas normas do *nosso processo civil* podem os Estados comprometer”. (loc. cit., pág. 35).

A autoridade administrativa não poderá, sem autorização legislativa, firmar *compromisso*, quando se trate de matéria em que aja *iure imperii*, quando esteja em jôgo a ordem pública. Mas nenhum problema há, quando se cuida de aplicação de um contrato, que prevê, êle mesmo, a *cláusula compromissória*.

CASTRO NUNES assim se expressou, em sua celebrada obra *Da Fazenda Pública em Juízo* (pág. 281):

“Mas, se o Estado, como tôda pessoa *sui juris*, quer prevenir o litígio ou solucioná-lo por aquela via transaccional (o compromisso), não há por que lhe recusar êsse Direito, pelo menos nas suas relações de natureza contratual ou privada. São essas relações que podem comportar o juízo arbitral. Aquelas em que o Estado age como Poder Público, estão de seu natural excluídas, pois que, em linha de princípio, não podem ser objeto de transação”.

Aos argumentos *de alienação da competência para decidir, administrativamente, e subtração do litígio ao juiz ordinário*, responde THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, com propriedade, em parecer como Consultor-Geral da República:

“Êstes argumentos envolvem, entretanto, a própria essência, a substância mesma do juízo arbitral, e a negação da legitimidade de uma instituição consagrada na maioria dos países, como na Inglaterra, nos Estados Unidos, na Argentina e no Brasil, através de uma velha legislação”. (R.D.A., fls. 515).

Mais adiante (ib., fls. 517), afirma:

“Parece-me que a Administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário ou prolongando o processo administrativo, com diligências intermináveis, sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo”.

7. A lei, muitas vêzes, tem impôsto a solução do compromisso entre o Estado e o co-contratante, como foi, no Império, o caso da *Lei sobre Estradas de Ferro* (Decreto n.º 7.959, de 29 de dezembro de 1880).

Conforme mostra THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, no citado parecer, essa solução tornou-se extensiva a muitas concessões de serviços públicos, bastando mencionar a da *The Rio de Janeiro City Improvements Company Ltd.*, a da *Leopoldina Railway*, a da *Western Telegraph*, a da *Madeira-Mamoré*, etc.

HELIO LOPES MEIRELLES, em seu já famoso *Direito Administrativo Brasileiro* (Ed. Rev. dos Trib., 2.^a ed., fls. 323 e 324), inclui entre as cláusulas principais dos contratos de concessão a fixação da solução dos litígios, por intermédio do juízo arbitral.

Atualmente, até mesmo em contratos de financiamento entre Administrações Públicas Brasileiras e entidades estrangeiras e internacionais, tem sido consagrada a cláusula compromissória.

Com referência à citada concessão da City Improvements concessionária do serviço de esgotos, no Rio de Janeiro, concessão esta outorgada pela União, cabe citar Exposição de Motivos do DASP, firmada por LUIZ SIMÕES LOPES (*Revista de Direito Administrativo*, Vol. II, págs. 763 e segs.), em que ficou patente que devia o Governo conformar-se com a decisão do árbitro sobre divergência quanto à interpretação de cláusula contratual, em obediência ao compromisso previamente assumido em termos, e aceitar, como final e irrecorrível, a sentença arbitral.

Além disto, em certos casos, a lei veda, expressamente, o compromisso, como na *cobrança de dívidas fiscais* (art. 59 do Decreto-lei n.º 960, de 17/12/1938), o que parece indicar, a *contrario sensu*, a sua possibilidade, em outras hipóteses.

8. Cabe citar a seguinte decisão do Tribunal Federal de Recursos (D. da Just. da União, de 1-6-1965, fls. 1250):

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

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