

ARBITRAGEM NO DIREITO ADMINISTRATIVO FRANCÊS

Federico Nunes de Matos¹

Resumo: O presente ensaio tem o escopo de investigar a admissibilidade do recurso à arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo pessoas jurídicas de direito público no âmbito do direito administrativo francês. A ordem jurídica francesa foi escolhida como objeto do presente estudo em razão da influência histórica que exerceu sobre o direito administrativo português e brasileiro. Além disso, o estudo do direito francês, nesta matéria, mostra-se relevante por ser tradicionalmente refratário à admissibilidade do emprego da arbitragem na resolução de conflitos envolvendo a administração pública. A resistência do direito francês em aceitar a arbitragem como meio adequado para a resolução de controvérsias na seara do direito administrativo influenciou, durante décadas, outras ordens jurídicas europeias e latino-americanas. Este artigo busca demonstrar que, no direito francês, embora a doutrina continue afirmando, no plano teórico, a existência do tradicional princípio da proibição da arbitragem para as entidades administrativas, tal cânone tem sido paulatinamente atenuado pela atuação do legislador, que vem instituindo crescente número de habilitações ao emprego da arbitragem pela administração pública.

Palavra-Chave: meios alternativos de resolução de conflitos; arbitragem; direito administrativo francês.

1. INTRODUÇÃO

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP.



ordenamento jurídico francês caracteriza-se como extremamente conservador no que se refere à utilização da arbitragem para a resolução de controvérsias envolvendo a administração pública. Pode-se afirmar que no direito francês, em regra, é vedado o emprego da arbitragem para a resolução de conflitos que tenham como partes pessoas jurídicas de direito público. A doutrina francesa, fundada na jurisprudência do Conselho de Estado, chega a sustentar a existência de verdadeiro "princípio de proibição de recurso à arbitragem" no direito administrativo.²

Na França, a arbitragem de litígios envolvendo entidades administrativas tem caráter excepcional, sendo admitida apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei.³ No entanto, nas últimas décadas a ordem jurídica francesa, sem se afastar completamente do tradicional princípio de proibição de recurso à arbitragem, tem paulatinamente se mostrado mais aberta à possibilidade de utilização de juízo arbitral na seara do direito administrativo. Em outras palavras, apesar da prevalência teórica da interdição da arbitragem no direito administrativo, o legislador francês tem autorizado, de forma casuística e em caráter excepcional, que certas entidades administrativas e que determinadas espécies de litígios possam ser submetidas à via arbitral.

2. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RECURSO À ARBITRAGEM NO DIREITO ADMINISTRATIVO: ORIGEM, FUNDAMENTOS E EXTENSÃO

O princípio da proibição do recurso à arbitragem no direito administrativo constitui concepção teórica oitocentista, elaborada pelo Conselho de Estado francês, com base na

² Cf. DEBBASCH, RICCI, 1994, p. 232-234; CORREIA, 2014/2015, p. 166; ESTORINHO, 2012, p. 233; KAMGA, 2012, p. 16-26; OLIVEIRA, 2015, p. 39.

³ SALCEDO CASTRO, 2002, p. 07; SALCEDO CASTRO, 2008, p. 14-15.

interpretação de alguns dispositivos legais, e, posteriormente, sistematizada pela doutrina. Tal proibição, inicialmente, baseou-se na conjugação dos arts. 1.004 e 83 do Código de Processo Civil de 1806.⁴ O art. 1.004 vedava a celebração de compromisso arbitral em todas as matérias sujeitas à comunicação ao Ministério Público. Já o art. 83 dispunha que deveriam ser comunicados ao Ministério Público todos os litígios que envolvessem questões relativas à ordem pública, ao estado, aos bens públicos, aos municípios e aos estabelecimentos públicos.⁵

Para Dominique Foussard, o princípio de proibição do recurso à arbitragem na jurisprudência do Conselho de Estado inicia-se com os arrestos "*Ouvrard*", de 17 de novembro de 1824, e "*Boyer*", de 17 de agosto de 1825. Este último tinha como objeto contrato de fornecimento (*marchés de fournitures*).⁶ A proibição da arbitragem também foi evidenciada por Édouard Laferrière, na primeira edição do seu "*Traité de la Jurisdiction Administrative*" de 1888, em que sustenta que o compromisso arbitral não poderia ser admitido nos contratos públicos, pois, em princípio, o estado não pode submeter seus julgamentos a árbitros, tanto em razão das consequências aleatórias advindas da arbitragem quanto pelo fato de que este somente poderia ser julgado por tribunais estabelecido por lei.⁷ Seguindo linha argumentativa semelhante, o Comissário de Governo Romieu, nas conclusões do arresto "*Chemins de Fer du Nord*", de 17 de março de 1893, afirma que "os ministros não podem remeter aos árbitros a solução de uma questão litigiosa, porque eles não se podem afastar das jurisdições estabelecidas".⁸

Por trás da construção do princípio da proibição do

⁴ Cf. CHAPUS, 1995, p. 200; DEBBASCH, RICCI, 1994, p. 232; KAMGA, 2012, p. 18; LAFERRIÈRE, 1888, p. 146; MAGALHÃES, J. C., 1988, p. 101; SALCEDO CASTRO, 2002, p. 8.

⁵ SALCEDO CASTRO, 2008, p. 17. Cf. também DEBBASCH, RICCI, 1994, p. 232.

⁶ FOUSSARD *apud* ESQUÍVEL, 2004, p. 138.

⁷ LAFERRIÈRE, 1888, p. 145-146.

⁸ ESQUÍVEL, 2004, p. 138-139. Cf. também KAMGA, 2012, p. 19; SALCEDO CASTRO, 2008, p. 17.

recurso à arbitragem como princípio geral do direito administrativo, pela jurisprudência do Conselho de Estado e pela doutrina, encontrava-se a própria necessidade de se conferir credibilidade à jurisdição estatal, em especial à jurisdição administrativa, que, no século XIX, ainda se encontrava em fase de consolidação. Naquele momento, aceitar a possibilidade de a administração pública submeter a resolução de seus litígios à apreciação de árbitros poderia fragilizar ou, mesmo, desacreditar os tribunais estatais, em especial os tribunais administrativos. Neste sentido as lições de José Luís Esquivel:

O recurso aos tribunais arbitrais, por parte da Administração Pública, prejudicaria, na visão liberal, a ideia de justiça e do poder de julgar dos tribunais estaduais, na medida em que se considerava que seria difícil fazer acreditar aos cidadãos que a justiça praticada por estes últimos tribunais era boa se a própria Administração se desligasse da mesma, optando por recorrer à via arbitral.⁹

Em 1972, o art. 1.004 do Código de Processo Civil, que constituía o fundamento legal para o princípio da proibição do recurso à arbitragem, foi expressamente revogado pelo art. 16 da Lei n.º 626, de 5 de julho.¹⁰ A referida lei atribuiu a seguinte redação ao art. 2.060 do Código Civil:

Não se pode comprometer sobre as questões de estado e a capacidade das pessoas, sobre aquelas relativas ao divórcio e à separação judicial ou controvérsias concernentes ao interesse das coletividades públicas e dos estabelecimentos públicos e mais genericamente quanto a todas as matérias que interessam à ordem pública.¹¹

Com isso, o art. 2.060 do Código Civil constitui na atualidade a base normativa do princípio da proibição do recurso à arbitragem no direito administrativo francês. Embora o referido

⁹ Idem, p. 137.

¹⁰ SALCEDO CASTRO, 2002, p. 08.

¹¹ Tradução livre de: "*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 intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.*"

dispositivo legal mencione apenas as coletividades públicas e os estabelecimentos públicos, a doutrina e a jurisprudência entendem que a proibição de recurso à arbitragem alcança também o estado e as demais pessoas jurídicas de direito público.¹² Myriam Salcedo Castro observa que a jurisprudência do Conselho de Estado conferiu interpretação ampla ao art. 2.060 do Código Civil.¹³ Com isso, para o Conselho de Estado a proibição compreende todas as pessoas jurídicas de direito público, ainda que não integrem a categoria de coletividades públicas ou de estabelecimentos públicos.¹⁴

A doutrina¹⁵ e a jurisprudência¹⁶, todavia, conferem ao referido princípio valor meramente legislativo, admitindo com isso a possibilidade de serem estabelecidas exceções por meio de leis e convenções internacionais. Existem na ordem jurídica francesa várias exceções legislativas ao princípio de proibição do recurso à arbitragem. Em 2001, as diversas exceções à regra geral prevista no art. 2.060 do Código Civil foram reunidas, em ordem cronológica, no art. L311-6 do Código de Justiça Administrativa. As hipóteses excepcionais em que é admissível o recurso à arbitragem pela administração pública foram inseridas no capítulo do Código de Justiça Administrativa que trata da competência da jurisdição administrativa de primeira instância.

¹² OLIVEIRA, 2015, p. 39, n. 105; SALCEDO CASTRO, 2008, p. 16.

¹³ SALCEDO CASTRO, 2008, p. 16.

¹⁴ *Idem*, p. 16.

¹⁵ CORREIA, 2014/2015, p. 166; KAMGA, 2012, p. 25-26.

¹⁶ José Manuel Sérvulo Correa (2014/2015, p. 166) salienta que o Conselho de Estado atribuiu ao princípio da proibição à arbitragem meramente valor legislativo, tornando possível a previsão de exceções ditadas pelo legislador ou decorrentes de convenções internacionais. No entanto, o autor destaca que mesmo em tais hipóteses "só haverá exclusão de recurso para os tribunais do estado quando lei expressamente consentir" (CORREA, 2014/2015, p. 166). Já Joseph Kamga (2012, p. 25) destaca que o Conselho Constitucional, em decisão de 1º de março 2007, ao analisar a constitucionalidade do art. 40 da lei que procedeu à reforma da proteção jurídica dos adultos incapazes (Lei n.º 308, de 5 março de 2007), reconheceu implicitamente a natureza legislativa do princípio da proibição à arbitragem por parte das pessoas jurídicas de direito público.

Com isso, a doutrina entende que a arbitragem afasta apenas a competência da justiça administrativa no âmbito da primeira instância¹⁷, cabendo, portanto, apelação da sentença arbitral perante as Cortes Administrativas de Apelação (segunda instância da justiça administrativa).¹⁸

A incidência do princípio da proibição do recurso à arbitragem pelas pessoas jurídicas de direito público restringe-se à arbitragem interna. Ou seja, o direito francês admite que o estado e as demais pessoas jurídicas de direito público se submetam a arbitragens internacionais. Segundo José Carlos de Magalhães, tal entendimento origina-se do caso *Myrtoon Steamship Company versus Agent Judiciaire du Trésor*, julgado pelo Corte de Cassação, em 10 de abril de 1957.¹⁹ No referido julgado, a Corte de Cassação entendeu que a "proibição (feita ao Estado de se comprometer) é limitada aos contratos de ordem interna e não tem aplicação às convenções de caráter internacional".²⁰ José Carlos de Magalhães, com base nas lições de Philippe Fouchard, afirma que a Corte de Cassação, ao admitir a validade da cláusula compromissória firmada pelo estado, a despeito da proibição prevista no Código de Processo Civil, "reconheceu a existência de uso e costume internacional, que confere plena validade e eficácia à cláusula compromissória e a consequente

¹⁷ OLIVEIRA, 2015, p. 40, n. 111.

¹⁸ SALCEDO CASTRO, 2002, p. 13.

¹⁹ José Carlos de Magalhães (1988, p. 101-102) resume os fatos que envolvem o julgamento do caso *Steamship Company versus Agent Judiciaire du Trésor*: "(...) o Estado francês, por intermédio de uma missão de transportes marítimos em Londres, fretou, em 1940, certo número de cargas, para serem transportadas à França, firmando cartas-partidas que continham cláusula compromissória. Surgindo controvérsia sobre um dos contratos, o armador provocou a instauração da arbitragem em Londres, em consonância com a cláusula arbitral, obtendo ganho de causa. A França, recusando-se a participar da arbitragem, opôs-se ao processo homologatório da sentença arbitral, perante seus tribunais, sob a alegação de que seus representantes não teriam recebido poderes para firmar compromisso e, sobretudo, porque a cláusula arbitral seria nula, em face da incapacidade do Estado francês em se comprometer".

²⁰ MAGALHÃES, 1988, p. 102.

capacidade do Estado de se comprometer".²¹

A ordem jurídica francesa é marcada historicamente por ser permissiva em relação à utilização da arbitragem no âmbito internacional e conservadora no que tange ao emprego do juízo arbitral no plano interno. Tal situação também se confirma na arbitragem envolvendo pessoas jurídicas de direito público. No plano internacional prepondera a possibilidade de o estado e de as demais entidades públicas firmarem convenção de arbitragem.²² Já no âmbito interno prevalece o princípio da proibição ao recurso à arbitragem. Dessa maneira, torna-se evidente a posição contraditória do Estado francês, que se sujeita à arbitragem para a resolução de conflitos com particulares estrangeiros no âmbito internacional, mas recusa-se a firmar convenção de arbitragem com seus próprios nacionais para a resolução de litígios similares.

3. ALGUMAS DAS EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RECURSO À ARBITRAGEM NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Conforme analisado no item anterior, embora a doutrina e a jurisprudência afirmem a existência de princípio geral de proibição do recurso à arbitragem por parte das pessoas jurídicas de direito público, a legislação reconhece diversas hipóteses excepcionais em que é admissível a celebração de compromisso arbitral por parte da administração pública. Analisam-se a seguir algumas das principais hipóteses autorizativas de utilização da arbitragem pela administração pública no direito francês.

3.1 *MARCHÉS PUBLICS*

A mais antiga exceção ao princípio da proibição à

²¹ *Idem*, p. 103.

²² Cf. ESQUÍVEL, 2004, p. 138; OLIVEIRA, 2015, p. 39.

arbitragem no direito francês está relacionada aos contratos administrativos, especificamente aos denominados *marchés publics* (contratos de empreitada de obras públicas e de fornecimento).²³

A Lei de 28 do pluvioso do ano VIII (17 de fevereiro de 1800)²⁴⁻²⁵ e o art. 14 do Decreto de 11 de junho de 1806 estabeleciam que o juiz administrativo era competente para resolver os conflitos decorrentes de contratos de empreitada de obras públicas e de fornecimento.²⁶ No entanto, o art. 69 da Lei de Finanças, de 17 de abril de 1906, autorizou o estado, as províncias (*départments*) e os municípios (*communes*) a recorrerem à arbitragem para a resolução de conflitos relacionados à liquidação das despesas relativas aos contratos de empreitada de obras públicas e

²³ Os primeiros contratos administrativos conhecidos pelo direito francês foram designados de *marchés publics* (RIVERO, 1981, p. 130, n. 25a). A categoria dos *marchés publics* era integrada originalmente pelos contratos de fornecimento (*marché de fournitures*), de empreitada de obra pública (*marché de travaux publics*) e, posteriormente, de transporte (*marché de transports*) (cf. RIVERO, 1981, p. 129-130). Os *marchés publics* envolvem a noção de prestação direta em benefício direto da administração pública (RIVERO, 1981, p. 130, n. 25a). Com isso, os contratos de concessão de serviço público, embora apresentem regime jurídico semelhante ao dos referidos contratos, não podem ser qualificados como *marché public* (RIVERO, 1981, p. 130, n. 25a). Posteriormente, surgiram outras espécies de *marchés publics*, tais como, os contratos de investigação (*marchés de recherche*), de estudo (*marché d'études*) e os industriais (*marchés industriels*) (cf. RIVERO, 1981, p. 129-130).

²⁴ A data de edição da citada lei refere-se ao "calendário republicano", instaurado pela Revolução Francesa, em 24 de novembro de 1793, cujo ano I foi contado a partir da meia-noite de 22 de setembro de 1792. O pluvioso é o mês das chuvas, que corresponde ao período entre 20 de janeiro a 18 de fevereiro do calendário gregoriano.

²⁵ Neste sentido leciona José Luis Esquível (2004, p. 33): "Este diploma é particularmente relevante na medida em que não só representa a introdução do contrato administrativo no Direito francês por via legislativa, como, ao entregar à jurisdição administrativa (concretamente, ao Conselhos de Prefeitura) o contencioso dos contratos de obras públicas, lançou as bases para a determinação, por via pretoriana, dos critérios de distinção relativamente aos contratos de carácter privado".

²⁶ SALCEDO CASTRO, 2008, p. 23.

de fornecimento.²⁷⁻²⁸ Com isso, prevaleceu o entendimento de que a justiça administrativa é o juiz natural desses contratos, mas, para fins de liquidação de despesas, a administração pública pode pactuar com o contratado a submissão da divergência à via arbitral.

O Decreto n.º 724, de 25 de julho de 1960, ampliou o âmbito subjetivo de aplicação da referida exceção ao princípio da proibição à arbitragem.²⁹ A referida norma estendeu a autorização para a celebração de convenção de arbitragem em matéria de *marchés publics* também às associações de municípios (*syndicats des communes*)³⁰; às associações mistas (*syndicats mixtes*)³¹, aos distritos urbanos (*districts urbains*) e aos estabelecimentos públicos provinciais e municipais.

A versão de 1964 do Código de *Marchés Publics* disciplinou, em seu art. 361, o emprego da arbitragem para a resolução de conflitos decorrentes de liquidação de despesas nos contratos de empreitada de obras públicas e de fornecimento, nos termos previstos pela Lei de Finanças de 17 de abril de 1906. O referido dispositivo legal explicitou o regime jurídico aplicável à arbitragem envolvendo pessoas jurídicas de direito público ao prever que seriam aplicadas a ela as disposições do livro IV do

²⁷ DEBBASCH, RICCI, 1994, p. 233; ESQUÍVEL, 2004, p. 139; ESTORNINHO, 2012, p. 233; KAMGA, 2012, p. 35; SALCEDO CASTRO, 2008, p. 23.

²⁸ A autorização legislativa para o emprego da arbitragem prevista na Lei de Finanças de 1906 tinha a finalidade de resolver os conflitos contratuais decorrentes da Exposição Universal realizada em Paris em 1900 (CHAPUS, 1995, p. 202; SALCEDO CASTRO, 2002, p. 15).

²⁹ SALCEDO CASTRO, 2008, p. 23

³⁰ As associações de municípios (*syndicats des communes*) ou associações intermunicipais (*syndicat intercommunal*), constituem estabelecimento público para a cooperação no interesse intermunicipal. No direito brasileiro, as associações de municípios corresponderiam à associação pública da Lei n.º 11.107/2005 (Lei de Consórcios Públicos), instituída por municípios para a consecução de interesses comuns.

³¹ As associações mistas (*syndicats mixtes*) constituem entidade de cooperação intermunicipal, previstas pelo Decreto-lei de 30 de outubro de 1935, que permitiu que as entidades coletivas se associassem entre si ou com estabelecimentos públicos.

Código de Processo Civil.³² A arbitragem para a resolução de controvérsias decorrentes dos contratos de empreitada de obras públicas e de fornecimento depende de autorização prévia. O art. 247 do Código de *Marchés Publics* previa que no âmbito do estado tal autorização seria realizada por meio de decreto expedido pelo Conselho de Ministros e ratificada pelo ministro competente e pelo ministro encarregado da área econômica. Já nas províncias (*départments*) a autorização dependia de aprovação das assembleias populares.³³

Em 2001, o Código de *Marchés Publics* foi revogado pelo Decreto n.º 210, de 7 de março, o qual previa em seu art. 132 a possibilidade de recurso à arbitragem para a resolução de conflitos decorrentes de liquidação de contratos de empreitada de obras públicas e de fornecimento, nos termos consagrados pelo art. 69 da Lei de Finanças de 17 de abril de 1906.³⁴ Entretanto, no que se refere ao estado, o referido dispositivo normativo previu que o recurso à arbitragem deveria ser autorizado pelo ministro competente e pelo ministro encarregado da economia. Dessa maneira, foi facilitada a decisão estatal de recorrer à arbitragem em matéria de *marchés publics*, que não dependeria mais da aprovação do Conselho de Ministros.³⁵ A referida previsão normativa foi mantida pelas versões de 2004 (art. 132) e de 2006 (art. 128) do Código de *Marchés Publics*.

Importante destacar que a habilitação para que a administração pública possa recorrer à arbitragem para a resolução de conflitos decorrentes de contratos de empreitada de obras públicas e de fornecimento é bastante limitada, estando restrita à

³² SALCEDO CASTRO, 2008, p. 24. Myrian Salcedo Castro (2002, p. 12) salienta que até o advento do Código de *Marchés Publics* não havia clareza no direito administrativo francês acerca do regime jurídico aplicável à arbitragem protagonizada por entidades de direito público.

³³ *Idem*, p. 25.

³⁴ O Decreto n.º 210/2001 reuniu, em seu art. 132, as disposições constantes dos arts. 247 e 361 do Código de *Marchés Publics* de 1964

³⁵ SALCEDO CASTRO, 2008, p. 25.

equação econômico-financeira do contrato.³⁶ Prevalece no direito francês o entendimento de que o contencioso de legalidade dos contratos administrativos não pode ser objeto de convenção de arbitragem.³⁷ Com isso, qualquer pretensão da parte de invalidar disposição contratual ou ato administrativo em matéria de formação ou de execução do contrato deverá ser necessariamente dirigida à justiça administrativa.³⁸

Prevalece na jurisprudência do Conselho de Estado o entendimento de que a habilitação legal para que a administração pública possa recorrer à arbitragem para a resolução de conflitos decorrentes de contratos de empreitada de obras públicas e de fornecimento somente poderá ser efetivada por meio de compromisso arbitral.³⁹ Ou seja, prepondera o entendimento jurisprudencial de que é inadmissível a inclusão de cláusula compromissória em tais contratos administrativos.⁴⁰

A *Ordonnance* n.º 899, 23 de julho de 2015, revogou, a partir de 1º de abril de 2016, a versão de 2006 do Código de *Marchés Publics*. A *Ordonnance* n.º 899/2015 previu em seu art. 90 a possibilidade de recurso à arbitragem para a resolução de litígios relacionados à execução dos contratos de parcerias público-privadas (*marchés de partenariat*⁴¹). Conforme será analisado no item 3.4, o art. 90 da *Ordonnance* n.º 899/2015 pouco inovou a ordem jurídica francesa no que tange ao emprego da arbitragem em matéria de contratos administrativos, já que a admissibilidade de inclusão de cláusula compromissória nos

³⁶ Cf. KAMGA, 2012, p. 37.

³⁷ MORAND-DEVILLER, 2003, p. 52; SALCEDO CASTRO, 2008, p. 25-26.

³⁸ KAMGA, 2012, p. 37.

³⁹ *Idem*, p. 36.

⁴⁰ *Idem*, 2012, p. 36, n. 56.

⁴¹ Os contratos de parcerias público-privadas receberam quando de sua incorporação ao direito francês por meio da *Ordonnance* n.º 559, de 17 de junho de 2004, a denominação de *contrats de partenariat*. No entanto, com o advento da *Ordonnance* n.º 899/2015, as parcerias público-privadas passaram a ser denominadas pelo legislador de *marché de partenariat* (art. 67), sendo incluídas novas possibilidades de arranjos negociais.

contratos de parcerias público privadas já era prevista pelo art. 11, "I", da *Ordonnance* n.º 559, de 17 de junho de 2004.

Não obstante a *Ordonnance* n.º 899/2015 não mencionar a possibilidade de recurso à arbitragem para a resolução de conflitos decorrentes de liquidação de despesas dos contratos de empreitada de obras públicas e de fornecimento, tal exceção ao princípio da proibição à arbitragem continua em vigor na ordem jurídica francesa por força do art. L311-6 do Código de Justiça Administrativa.

Pode-se afirmar que a admissibilidade de recurso à arbitragem para a resolução de conflitos em matéria de *marchés publics*, apesar das limitações materiais, constituiu a porta de entrada para a utilização da arbitragem no âmbito do direito administrativo francês.

3.2 ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS COMERCIAIS E INDUSTRIAIS

Uma das mais importantes exceções de caráter subjetivo ao princípio da proibição à arbitragem no direito administrativo francês está diretamente relacionada à intervenção do estado no domínio econômico. Jean Rivero, em artigo publicado em 1973, sustenta que determinadas pessoas jurídicas de direito público – os denominados "estabelecimentos públicos" (*établissements publics*)⁴² – que se dedicassem a atividades de natureza

⁴² No direito francês, os estabelecimentos públicos constituem pessoas jurídicas de direito público, formadas pelo fenômeno da descentralização administrativa. Tais entidades foram originalmente incumbidas da gestão de serviços públicos, sendo dotadas de certa autonomia administrativa e financeira (RIVERO, 1981, p. 528-529). A partir da década de 1940, surgiram novas modalidades de estabelecimentos públicos, fruto da expansão do leque de atividades estatais, em decorrência da transição do estado liberal de direito para o estado social de direito. A intervenção estatal no domínio econômico levou ao surgimento dos denominados "estabelecimentos públicos industriais e comerciais" (RIVERO, 1981, p. 529-530). Num primeiro momento, o legislador conferiu aos estabelecimentos industriais e comerciais regime jurídico semelhante ao dos demais estabelecimentos públicos. No entanto, com o passar do tempo, o legislador passou a promover a aproximação do regime dos estabelecimentos públicos

comercial e industrial, deveriam poder recorrer à arbitragem, nos mesmos moldes que as empresas públicas.⁴³

Em 1975, a Lei n.º 596, de 9 de julho, alterou a redação do art. 2.060 do Código Civil, permitindo que os estabelecimentos públicos de carácter industrial e comercial pudessem ser autorizados por decreto a celebrar convenção de arbitragem. No entanto, Myriam Salcedo Castro destaca que tal dispositivo legal somente foi utilizado em 2002.⁴⁴ O poder executivo, por meio do Decreto de 8 de janeiro de 2002, autorizou os estabelecimentos públicos industriais e comerciais mencionados no art. 146 do Código de Mineração e nos arts. 2º e 3º da Lei de 8 de abril de 1946 a celebrarem convenção de arbitragem.

Além da exceção introduzida no Código Civil pela Lei n.º 596/1975, existem no direito francês diversas autorizações legais para que determinadas pessoas jurídicas de direito público possam se submeter à arbitragem. A Lei n.º 1.153, de 30 de dezembro de 1982, denominada "Lei de Orientação sobre Transporte Interior" (LOTI), transformou a *Société Nationale des Chemins de Fer* (SNCF) em estabelecimento público industrial e comercial. O art. 25 da referida lei garantiu que a SNCF, que era originalmente sociedade comercial, ao se transformar em pessoa jurídica de direito público, continuaria com a capacidade de pactuar convenção de arbitragem. Seguindo o mesmo caminho da SNCF, o art. 28 da Lei n.º 568, de 2 de julho de 1990, estabeleceu que os estabelecimentos públicos industriais e

com o das empresas privadas (RIVERO, 1981, p. 530). Tal transição pode ser observada na lição de Jean Rivero (1981, p. 530-531): "(...) à medida que aumenta a importância dos estabelecimentos públicos industriais, as necessidades de sua inserção numa economia nacional regida pelo direito privado conduzem o legislador a aproximar ainda mais seu regime do das empresas privadas similares. Nesta via a etapa decisiva foi ultrapassada com as nacionalizações que se seguiram à Libertação: para manter nas empresas nacionalizadas o dinamismo indispensável ao seu objecto, quis-se subtrai-las o mais possível à rigidez dos métodos administrativos e fazê-las viver num clima de direito privado".

⁴³ ESQUÍVEL, 2004, p. 143.

⁴⁴ SALCEDO CASTRO, 2008, p. 21.

comerciais *La Poste*⁴⁵ e *France Télécom*⁴⁶ tinham capacidade para celebrar convenção de arbitragem. No mesmo sentido, a Lei n.º 135, de 13 de fevereiro de 1997, que instituiu o *Réseau Ferré de France* (RFF), previu, em seu art. 3º, que o referido estabelecimento público tivesse capacidade para firmar convenção de arbitragem.

Todas as referidas exceções de caráter subjetivo ao princípio da interdição à arbitragem estão diretamente relacionadas ao desempenho pelo estado de atividades econômicas em sentido amplo. Pode-se afirmar que o legislador francês, ao afastar do regime jurídico aplicável às mencionadas pessoas jurídicas de direito público a incidência do comando normativo contido no art. 2.060 do Código Civil, almejou conferir-lhes acesso aos mesmos meios de resolução de litígios que as empresas privadas.

3.3 O CASO EURODISNEY E A LEI N.º 972, DE 19 DE AGOSTO DE 1986

Uma das mais emblemáticas exceções ao princípio da proibição à arbitragem ocorreu por ocasião da celebração de contrato de investimentos entre o Estado francês, o Departamento de *Val-de-Marne*, o município de *Marne-La-Vallé* e a sociedade *Walt Disney Productions* para a construção do parque temático Eurodisney (ou Disneyland Paris).⁴⁷ A sociedade empresária estadunidense demandava que o contrato de investimentos firmado com o poder público francês contivesse cláusula compromissória, visando afastar a possibilidade de que eventual litígio entre as partes fosse apreciado pelos tribunais franceses.

⁴⁵ Em 2010, a Lei n.º 123, de 9 de fevereiro, transformou *La Poste* em sociedade anônima, cujo capital é de propriedade do Estado francês.

⁴⁶ Em 1996, a *France Télécom* transformou-se em sociedade anônima. Nos anos 2000, a *France Télécom* foi privatizada. Em 2012, a *France Télécom* teve a sua denominação alterada para *Orange*.

⁴⁷ CHAPUS, 1995, p. 202; LEMES, 1999a, p. 191; KAMGA, 2012, p. 40; OLIVEIRA, 2015, p. 39.

O Conselho de Estado, todavia, por meio do Parecer n.º 339710, de 6 de março de 1986, pronunciou-se, diante da ausência de previsão legal especial, pela impossibilidade de ser inserida cláusula compromissória no contrato em questão⁴⁸. O Conselho de Estado, no referido parecer, reafirmou o princípio da proibição à arbitragem, consagrado pelo art. 2.060 do Código Civil, como "princípio geral do direito público francês".⁴⁹ O Conselho de Estado asseverou que as pessoas jurídicas de direito público, salvo quando atuam ao abrigo de tratado internacional ou de legislação especial, "não podem subtrair-se às regras que determinam a competência das jurisdições nacionais, remetendo à decisão de um árbitro a resolução dos litígios nos quais são partes e que se prendem com relações que relevam da ordem jurídica interna".⁵⁰⁻⁵¹

Diante da negativa do Conselho de Estado em aceitar a validade da cláusula compromissória no referido contrato, o

⁴⁸ Cf. ESTORNINHO, 2012, p. 233.

⁴⁹ FRANÇA. Conselho de Estado. Seção de Obras Públicas. Parecer n.º 339710. Relator: Daniel Labetoulle. Paris: 06 de março de 1986. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/content/download/745/2263/version/1/file/339710.pdf>>. Acesso em: 23 de agosto de 2016.

⁵⁰ *In*: OLIVEIRA, 2015, p. 40, n. 108.

⁵¹ Ana Parestrelo de Oliveira (2015, p. 40, n. 110) questiona o entendimento do Conselho de Estado francês de qualificar o juízo arbitral relativo a contrato de investimentos estrangeiros como arbitragem interna. Caso a arbitragem em questão fosse considerada como internacional, conforme analisado no item 3.1, não haveria a incidência do princípio da proibição à arbitragem. Vale transcrever o entendimento da referida autora: "Na realidade, atento o que vimos supra (Introdução, 3.3), a arbitragem a desenvolver-se nesse âmbito preencherá o conceito adotado de 'arbitragem comercial internacional'. Sucede, todavia, que o Conselho de Estado francês, que previamente se pronunciara sobre o problema no referido parecer *Eurodisneyland*, tinha, à época, uma concepção muito restritiva de arbitragem internacional, tendo concluído que o investimento americano realizado em França não constituía uma operação de comércio internacional, apesar de, à luz das definições dadas pelos tratados internacionais relativos à arbitragem internacional, a resposta ser a inversa. Cfr. Gaudemet, 'L'arbitrage...', cit, p. 254, que chama a atenção para que 'tanto à luz das convenções internacionais como da jurisprudência da *Cour de Cassation*, o investimento americano em França para a construção do parque de diversões Disneyland teria sido considerado uma operação do comércio internacional'" (OLIVEIRA, 2015, p. 40, n. 110).

governo recorreu ao parlamento para instituir nova exceção ao princípio da proibição à arbitragem. Com isso, o art. 9º da Lei n.º 972, de 19 de agosto de 1986, autorizou o estado, as coletividades territoriais e os estabelecimentos públicos, em contratos celebrados com sociedades estrangeiras para a realização de operações de interesse nacional, a subscreverem cláusulas compromissórias para resolver eventuais litígios referentes à aplicação e à interpretação desses contratos.

Vale registrar que a exceção ao princípio da proibição de recurso à arbitragem prevista pelo art. 9º da Lei n.º 972/1986 foi a pioneira em admitir a inclusão de cláusula compromissória em matéria de contratação pública no direito francês, já que as exceções até então existentes apenas poderiam ser efetivadas por meio de compromisso arbitral.⁵²

A exceção ao princípio da proibição à arbitragem instituída por meio da Lei n.º 972/1986 explicita o caráter casuísta com que o legislador francês tem tratado a possibilidade de emprego da arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo a administração pública.⁵³ Além disso, a referida lei evidencia o padrão contraditório do direito francês, que nega, em regra, a possibilidade de recurso à arbitragem para a resolução de litígios entre o estado e seus nacionais e, de outro lado, permite que as pessoas jurídicas de direito público interno possam firmar convenção de arbitragem com particulares estrangeiros.

3.4 ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A mais recente exceção ao princípio da proibição à arbitragem surgiu em 2004, com a importação pelo direito administrativo francês dos contratos de parcerias público-privadas

⁵² DEBBASCH, RICCI, 1994, p. 234.

⁵³ Neste sentido, René Chapus (1995, p. 202) afirma que tal derrogação ao princípio da proibição à arbitragem teve origem "puramente circunstancial".

(*contrats de partenariat*), inspirados no modelo inglês de *private finance initiative* (PFI).⁵⁴ A *Ordonnance* n.º 559, de 17 de junho de 2004, ao estabelecer o regime jurídico aplicável aos contratos de parcerias público-privadas, previu expressamente a possibilidade de emprego da arbitragem para a prevenção e a resolução de conflitos contratuais.

O legislador, no entanto, tomou a cautela de consignar expressamente, no art. 11, "I", da *Ordonnance* n.º 559/2004, que a arbitragem em matéria de parcerias público-privadas deverá envolver necessariamente a aplicação da lei francesa.⁵⁵ Com isso, o legislador afastou a possibilidade de serem firmadas cláusulas compromissórias que possibilitassem a aplicação do direito estrangeiro na resolução de conflitos envolvendo a execução de contratos de parcerias público-privadas.

Embora os debates legislativos em torno da *Ordonnance* n.º 559/2004 tenham sido intensos, a admissibilidade de cláusula compromissória nos contratos de parcerias público-privadas não despertou atenção especial por parte dos parlamentares. A ausência de interesse do legislador em discutir a matéria levou Mathias Audit a afirmar que a questão do recurso à arbitragem "não é, hoje, verdadeiramente controversa".⁵⁶

Ana Perestrelo de Oliveira, com base nas lições de Mathias Audit, destaca que a habilitação legal para que a administração pública possa incluir cláusula compromissória nos contratos de parcerias público-privadas é considerada como a mais importante exceção ao princípio da proibição à arbitragem nos litígios envolvendo pessoas jurídicas de direito público.⁵⁷ A referida autora observa que "pela primeira vez no Direito francês o princípio da interdição de recorrer à arbitragem é integralmente removido quanto a uma categoria inteira de contratos

⁵⁴ Sobre a origem do modelo de PFI no direito inglês, vale cf. CÂMARA, SUNDFELD, 2006, p. 153; VIEIRA, 2008, p. 482-485.

⁵⁵ Cf. KAMGA, 2012, p. 39; OLIVEIRA, 2015, p. 41.

⁵⁶ AUDIT *apud* OLIVEIRA, 2015, p. 41.

⁵⁷ OLIVEIRA, 2015, p. 41.

administrativos."⁵⁸

Embora a ordem jurídica francesa já conhecesse a possibilidade de emprego da arbitragem em matéria de contratos administrativos, a *Ordonnance* n.º 559/2004 alargou potencialmente o rol de matérias que poderiam ser submetidas ao juízo arbitral. Ao contrário da autorização legal para recurso à arbitragem em matéria de contratos de empreitada de obras públicas e de fornecimento, em que o juízo arbitral se restringe à discussão da equação econômico-financeira do contrato, o art. 11, "1", da *Ordonnance* n.º 559/2004 não restringiu o campo material de aplicação da arbitragem. A legislação de parcerias público-privadas deixou a cargo da administração pública, no momento de elaboração do contrato administrativo, estabelecer as condições em que se efetuará o recurso à arbitragem. Dessa maneira, o legislador incumbiu à doutrina e à jurisprudência a tarefa de definir as questões envolvendo a execução e a interpretação dos contratos parcerias público-privadas poderão que ser validamente submetidas à arbitragem⁵⁹.

Em 1º de abril de 2016, a *Ordonnance* n.º 559/2004 foi revogada pela *Ordonnance* n.º 899, de 23 de julho de 2015. O novel diploma normativo passou a disciplinar os contratos de parcerias público-privadas, doravante denominados de "*marchés de partenariat*". A possibilidade de recurso à arbitragem para a resolução de conflitos relacionados à execução de contratos de parcerias público-privadas foi disciplinada pelo art. 90 da *Ordonnance* n.º 899/2015. O referido dispositivo legal prevê que a arbitragem em matéria de contratos de parcerias público-privadas será disciplinada nos termos do livro IV do Código de

⁵⁸ *Idem*, p. 41.

⁵⁹ Não obstante predomine o entendimento de que o contencioso de legalidade não pode ser submetido à arbitragem (cf. MORAND-DEVILLER, 2003, p. 52; SALCEDO CASTRO, 2008, p. 25-26), parcela da doutrina discute, em decorrência dos contratos de parcerias público-privadas, a possibilidade de controle de legalidade dos atos administrativos destacáveis em sede de execução contratual (cf. KAMGA, 2012, p. 72-75).

Processo Civil e envolverá necessariamente a aplicação da legislação francesa. A segunda parte do art. 90 da *Ordonnance* n.º 899/2015 determinou que a autorização para se recorrer à arbitragem deverá ser conferida pelo ministro competente e pelo ministro encarregado da economia.⁶⁰

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito de a doutrina majoritária continuar a afirmar, no plano teórico, a existência do princípio da proibição da arbitragem para as pessoas jurídicas de direito público, tal cânone tem sido paulatinamente mitigado pela atuação do legislador. As mudanças sociais e econômicas vivenciadas, especialmente, a partir da segunda metade do século XX, levaram o legislador francês a instituir crescente número de habilitações à utilização da arbitragem pela administração pública, o que provocou verdadeira corrosão do princípio legislativo oitocentista. Pode-se afirmar que, do ponto de vista prático, a situação da arbitragem em matéria de litígios protagonizados pela administração pública na França não é muito diferente da vivenciada em outras ordens jurídicas em que inexistente, no plano legislativo, a consagração daquela interdição à arbitragem como princípio geral. Apesar da hesitação de alguns setores da doutrina francesa em afastar os antigos dogmas, o direito administrativo francês, paulatinamente, caminha no sentido de afirmar, como regra, a arbitralidade dos litígios envolvendo a administração pública, ainda que sujeita a algumas restrições.

⁶⁰ Vale lembrar que comando normativo semelhante foi introduzido no âmbito dos contratos de empreitada de obras públicas e de fornecimento pelo Decreto n.º 210/2001 e, posteriormente, reproduzido nas versões de 2004 e 2006 do Código de *Marchés Publics*.



REFERÊNCIAS

- CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Parceria público privada: uma inovação para a administração pública brasileira. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, v.22, n. 2, p. 152-167. fevereiro 2006.
- CHAPUS, René. *Droit du contentieux administratif*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1995.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. A arbitragem dos litígios entre particulares e administração pública sobre situações regidas pelo direito administrativo. *Revista de Contratos Públicos*. Belo Horizonte, a. 04, n. 06, p. 165-198, set. 2014/fev. 2015.
- DEBBASCH, Charles; RICCI, Jean-Claude. *Contentieux administratif*. 6. ed. Paris: Éditions Dalloz, 1994.
- ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004.
- ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2012.
- FRANÇA. Conselho de Estado. Seção de Obras Públicas. Parecer n.º 339710. Relator: Daniel Labetoulle. Paris: 6 de março de 1986. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/content/download/745/2263/version/1/file/339710.pdf>>. Acesso em: 23 de agosto de 2016.
- KAMGA, Joseph. *L'arbitrage en matière administrative: aspects du droit positif français*. Berlim: Éditions Universitaires Européennes, 2012.
- LAFERRIÈRE, Édouard. *Traité de la juridiction administrative*.

- Paris: Berger-Levrault et C^{ie}, 1888. Tome Second. Disponível em: <http://data.bnf.fr/12571933/edouard_laferriere_traite_de_la_jurisdiction_administrative_et_des_recours_contentieux>. Acesso em: 26 de janeiro de 2015.
- LEMES, Selma Ferreira Lemes. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública: a empresa estatal, o estado, e a concessão de serviço público. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999a. p. 175-206.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *Do estado na arbitragem privada*. São Paulo: Max Limonad, 1988.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. As mutações do Direito Administrativo francês. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, a. 12, n. 50, p. 51-65, out./dez. 2012.
- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- SALCEDO CASTRO, Myriam. Estado actual del arbitraje em derecho público francés. *Revista de Jurisprudencia Administrativa*. Bogotá, n. 3, p. 7-18, novembro 2002.
- _____. *Proyección y cambios recientes en el arbitraje de contratos públicos en Francia: estudio comparativo sobre su evolución en Francia y en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.