

RECEBIDO EM: 06/06/2020

APROVADO EM: 22/012/2021

O PARECER Nº 171-X DA CONSULTORIA-GERAL DA REPÚBLICA E A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

OPINION Nº. 171-X OF THE GENERAL CONSULTANCY OF THE REPUBLIC AND THE POSSIBILITY OF USE OF ARBITRATION BY THE PUBLIC ADMINISTRATION

João Paulo Santos Borba

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília - UNB. Advogado da União e Coordenador-Geral de Assuntos Jurídicos de Radiodifusão e Telecomunicações.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Parecer nº 171-X da Consultoria-Geral da República. 2. A Consultoria-Geral da República. 3. A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro. 4. A utilização da arbitragem pela Administração Pública. 5. A cláusula arbitral nos contratos concessão de serviço público de infraestrutura. 6. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O presente estudo examina o memorável Parecer nº 171-X, elaborado à época pela Consultoria-Geral da República, que era o órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo. Inicialmente, aborda-se o caso concreto que justificou a emissão do citado Parecer e as peculiaridades na utilização da arbitragem pela Administração Pública à época da edição do Parecer nº 171-X. O artigo apresenta as normas legais que amparam o citado instituto e analisa aplicação atual da arbitragem pelas pessoas jurídicas de direito público. Conclui-se que a utilização da arbitragem nos contratos administrativos até os dias atuais possui relevância prática na medida em que está sendo utilizada na concessão de serviço público do setor de infraestrutura.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Concessão de Serviço Público. Contrato. Solução de Controvérsia.

ABSTRACT: The present study examines the memorable manifestation nº 171-X written at the time by the General Office of Legal Consultancy that was responsible for legal advice from the Executive Power. Initially, the specific case that justified the issuance of the aforementioned opinion and the peculiarities in the use of arbitration by the Public Administration at the time of the issuing of the opinion are addressed. The article cites the legal rules that support the aforementioned institute and analyzes its current application of arbitration by legal persons governed by public law. It is concluded that the use of arbitration in administrative contracts until today has practical relevance because it is being used in the public service concession in the infrastructure sector.

KEYWORDS: Arbitration. Public Administration. Public Service Concession. Contract. Conflict Solution.

INTRODUÇÃO

A adoção de meios alternativos para solução de controvérsias vem granjeando maior relevância no sistema jurídico brasileiro, por diversos fatores, inclusive pelo assoberbamento do Poder Judiciário, e, também, por representar o avanço da sociedade que busca mecanismos eficientes para obter a pacificação social (BACELLAR, 2016, p. 148).

Dentre as espécies de múltiplas portas ofertadas para resolução de conflitos de forma alternativa (BACELLAR, 2016, p. 79-80), destaca-se a arbitragem, que consiste em submeter a decisão de determinada questão a um terceiro imparcial que não o Estado-Juiz, estando as partes vinculadas à decisão ali proferida (GRINOVER, 2003, p. 377-385).

Diante do avanço da justiça multiportas, que também é materializada pelo manejo da arbitragem para solucionar controvérsias relacionadas à Administração Pública (MEDAUAR, 2017, p. 5-7), torna-se relevante relembrar e analisar o Parecer nº 171-X, emitido pelo Consultor-Geral da República Temistócles Brandão Cavalcanti, no ano de 1955, a respeito da legitimidade na utilização da arbitragem pela Administração Pública para dirimir seus conflitos de interesse.

1. O PARECER Nº 171-X DA CONSULTORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A discussão sobre a possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis foi enfrentada pela Consultoria-Geral da República, no ano de 1955, em razão de solicitação apresentada pelo Presidente da República.

A consulta formulada acima citada decorreu de reclamação oferecida pela Companhia São Paulo Railway sobre o não cumprimento de decisões anteriores que haviam determinado a devolução à aquela Companhia de bens não compreendidos na encampação prevista no art. 1º do Decreto-Lei nº 9.869, de 13 de setembro de 1946.

Em 8 de novembro de 1946, a Companhia São Paulo Railway entregou todos os bens da rede ferroviária ao Poder Público, tendo em vista a encampação prevista no referido Decreto-Lei.

Após o repasse dos bens, a referida Companhia encerrou suas atividades no Brasil, após noventa anos como concessionária de estrada de ferro.

Diante desse fato, surgiram, conseqüentemente, questões jurídicas a serem enfrentadas, dentre elas o direito de propriedade da Companhia São Paulo Railway sobre imóveis (prédios e terrenos), que eram utilizados diretamente para execução do serviço.

Com efeito, o objeto da controvérsia foi o alcance da encampação, sendo certo que o referido instituto do direito administrativo versa sobre hipótese de extinção da concessão, fundada em razões de ordem administrativa, em que o poder concedente retoma a prestação do serviço, sendo possível a transferência dos bens da concessionária ao Poder Público, mediante indenização, com a finalidade de permitir a continuidade na prestação do serviço público (CARVALHO FILHO, 2017, p.278).

A narrativa deduzida no Parecer nº 171-X da Consultoria-Geral da República revela a existência de duas questões: uma de fato e outra de direito. A questão de fato refere-se à própria natureza e destinação dos imóveis, ao passo que a questão de direito versa a respeito da aplicação, à espécie, do contrato e da lei de encampação.

É apontado, também, no referido Parecer, que existe previsão contratual para que a solução do conflito seja dada por juízo arbitral. A admissibilidade do citado meio alternativo para dirimir controvérsias era considerada controvertida no direito brasileiro na época do Império, assim como na República, sendo certo que a cláusula arbitral era relativamente frequente em contratos de concessão, como consta no Decreto nº 7.959, de 29 de dezembro de 1880, que regulava as concessões de estrada de ferro.

Em seguida, é explicado que a cláusula compromissória, prevista no contrato, não constitui obrigação de recorrer à arbitragem. O compromisso representa o ato pelo qual as partes em se submeter à decisão dos árbitros.

Por sua vez, o juízo arbitral, que é instaurado mediante ato solene em que as partes fixam os limites da controvérsia, traduzindo o cumprimento do compromisso.

Cita-se doutrina pátria sobre a relação do compromisso arbitral com a transação, no sentido de que o direito de optar pela arbitragem está relacionado ao direito de transigir, e só pode transigir se for possível dispor.

Além disso, o Parecer da Consultoria-Geral da República sustenta que a possibilidade de solução do conflito a pessoas de confiança, ao invés de expor a situação perante o Estado-Juiz, é antiquíssima. Além disso, o

arbitramento é um direito natural e na origem das sociedades seria o meio mais comum e ordinário de resolver os conflitos de interesses.

A referida forma alternativa de resolução de conflitos tem como finalidade precípua permitir a aceitação da decisão arbitral e mitigar a aspereza da lide.

Com a finalidade de permitir uma melhor compreensão da utilização da arbitragem pela Administração Pública, na década de 50, cumpre transcrever os seguintes do Parecer nº 171-X, emitido pelo Consultor-Geral da República Themistócles Brandão Cavalcanti (1956, p.517):

(...)

O Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 9 de maio de 1955 solicitou desta Consultoria Geral parecer sôbre uma reclamação endereçada ao Govêrno pela São Paulo Railway, contra o não cumprimento de decisões anteriores que haviam determinado a devolução àquela Companhia de bens daquela estrada não compreendidos na encampação. Como não viesse a reclamação da Companhia documentada com os processos administrativos, achei necessário pedir a juntada daqueles processos.

(...)

8. A São Paulo Railway Co. Ltda., era a concessionária do serviço da estrada de ferro de Santos a Jundiaí, por fôrça de seus contratos com o Govêrno, desde 26 de abril de 1856. No curso da execução dêsse serviço público, ela adquiriu livremente uma série de imóveis - prédios e terrenos - que passaram a constituir patrimônio próprio, dentre os quais muitos o foram para direta aplicação na execução do referido serviço, ao passo que outros por circunstâncias várias, que não configuravam essa necessidade nem sofreram essa contingência. Sobrevindo a medida da encampação, em setembro de 1946, pelo Decreto-lei n.º 9.869, de 13 dêsse mês, o seu artigo 1º fixou o objeto encampado ou seja “a rêde ferroviária de concessão do Govêrno federal e de propriedade da The São Paulo Railway Company Limited, compreendendo a linha principal que vai de Santos a Jundiaí e tôdas as suas ramificações”. É de bem de ver que não ficaram compreendidos na medida governamental todos e quaisquer bens, direitos e interêsses da concessionária, que não representassem e integrassem, do ponto de vista material e jurídico a sua rêde ferroviária, constituída da linha

principal e suas ramificações. É o que dispõe o diploma expropriativo e é o que impõe a razão, visto que, como é de intuição primária, não “se concebe expropriação ou encampação “implícita”, alcançando bens por mera atração ou interpretação extensiva, sem menção formal e expressa de cada um deles”.

(...)

Se considerarmos apenas a ferrovia, isto é, a linha, o tronco ferroviário, o que estiver fora desse elemento definido naqueles termos, estará também excluído da encampação e permanecerá no domínio privado da Companhia. Mas não foi isso que se pagou, o que se indenizou, e ficou bem claro na encampação, foi o capital declarado, que corresponde ao ativo da empresa. Dir-se-á, então, que o capital declarado é o de 1901, e que, portanto, o que se adquiriu posteriormente, não se acha incluído nos termos da encampação. Há um sofisma evidente na afirmação, porque, então, ter-se-ia de excluir tudo o que constituir renovação do material depois de 1901. Não foi, entretanto, bem isto o que fez o Governo brasileiro, quando considerou em sua integralidade tudo quanto se refere à linha tronco e ramificações.

(...)

Em relação à São Paulo Railway, a lei não cuidou de discriminar esses bens, deixou em aberto um problema, que colocou mesmo, em termos contraditórios, na base de uma incorporação de uma ferrovia, e da indenização do capital. Daí a pergunta sugerida pelas observações de Vedel, se foi apenas o patrimônio ou se foi a empresa, em seu sentido econômico e jurídico, que foi encampada. A natureza jurídica da encampação A encampação é, por definição, uma transferência da empresa privada para a área dos empreendimentos públicos.

(...)

É questão de fato e não de direito, que escapa ao nosso juízo e sobre a qual não devemos opinar. A matéria que estamos aqui examinando é de natureza essencialmente jurídica e como tal deve ter a sua solução. Primeiras conclusões - Como se verifica, o tema sugere duas questões bem nítidas, uma de fato, outra de direito. A questão de fato, diz com a própria natureza e destinação dos imóveis, a de direito, com a aplicação, à espécie, do contrato e da lei de encampação. A questão de fato é estranha à nossa competência a de direito, embora traga

certa perplexidade, admitiria uma solução favorável - em relação aos imóveis: a) estranhos ao objeto da concessão; b) adquiridos depois de reconhecido o capital fixado em 1901. A solução teria em seu favor de um lado a natureza da própria concessão, como ato jurídico, de finalidade específica, precedentes verificados em outros países, de outro lado, a circunstância de ter sido a encampação feita na base de um capital reconhecido em 1901 e as aquisições terem sido posteriores. A situação de direito, entretanto, não me parece tão líqüida e a de fato, suficientemente esclarecida no processo, de forma a aconselhar o Govêrno a devolver valores tão elevados (muitos milhões de cruzeiros) que poderiam eventualmente ser incorporados ao patrimônio público, por uma simples decisão administrativa de responsabilidade individual do Presidente da República. Mas, com o objetivo de pôr têrmo a controvérsia, permito-me sugerir a solução do juízo arbitral. O Juízo Arbitral - É a fórmula prevista no contrato em suas Condições, 30ª e 31ª, verbis: "30 Se a divergência porém versar, não sôbre essas matérias profissionais, e sim sôbre seus direitos ou deveres, e seus respectivos interêsses, a questão será decidida definitivamente por três árbitros, um dos quais será nomeado pelo Govêrno, outro pela Companhia, e o terceiro por acôrdo de ambas as partes. Se porém não concordarem na nomeação dêste terceiro, o Govêrno apresentará três nomes dentre os Conselhos de Estado, e a Companhia outros três, que devem residir no Brasil; e se residirem fora dêle correrão por conta da Companhia tôdas as despesas de Viagem e estada, e dêsses seis se tirará por sorte um, cujo voto será decisivo.

(...)

Os problemas a serem examinados são os seguintes: 1 - Se a cláusula arbitral, aplica-se às controvérsias verificadas no ato da encampação ou somente na vigência da concessão? 2 - No caso afirmativo, dependerá o juízo arbitral, ou melhor, o compromisso arbitral de autorização legislativa? 3 - Quais os obstáculos que se opõem à solução arbitral, como defendê-lo? O assunto tem dado lugar às maiores controvérsias no direito brasileiro no Império como na República, notando-se uma posição mais ou menos definida, em relação aos contratos com a Administração, onde a cláusula arbitral é relativamente freqüente. Assim o foi no Império, onde a própria lei sôbre estradas de ferro (Decreto nº 7.959, de 29 de dezembro de 1880) consagrou o princípio, que se encontra em dezenas de contratos de concessão. Essa solução tornou-se extensiva a muitas concessões de serviços públicos, bastando mencionar a da City Improvement, a Leopoldina Railway a Western

Telegraph, a Madeira-Mamoré, etc. Esta Consultoria-Geral foi freqüentemente ouvida sôbre a solução arbitral, depois do Conselho de Estado ter, no Império, enriquecido a nossa literatura jurídica, com numerosos estudos e pareceres. Rêgo Barros, em seus Estudos sôbre o contencioso administrativo, a êles se reporta freqüentemente.

(...)

A extensão da cláusula compromissória - A primeira questão a examinar é a da extensão da “cláusula compromissória” ou melhor, até onde vai a aplicação da cláusula contratual que prevê a solução arbitral e se a sua existência exclui a autorização legislativa para assinatura do compromisso. Como se sabe, o simples fato do contrato prever recurso à solução arbitral não envolve necessariamente a obrigação de aceitá-la.

(...)

O que institui o juízo arbitral é o compromisso, é o ato solene onde se fixam os limites da controvérsia e se estabelecem as bases da constituição do juízo arbitral. Sem o compromisso, embora prevista no contrato a solução arbitral, esta não se pode realizar. A cláusula compromissória, não constitui também obrigação de recorrer a essa solução.

(...)

Compromisso e transação - A doutrina que se desenvolveu em tórno do juízo arbitral, tem considerado, em geral, o - compromisso como uma eventual renúncia, ou melhor, como fórmula transacional. Já o velho processualista francês Boitard dizia que o direito de preferir a jurisdição privada dos árbitros, à jurisdição normal, ordinária, dos Tribunais comuns, decorre por inteiro, do direito (isto é, do poder) de se obrigar e de alienar. O juízo arbitral envolve, assim, o poder de transigir e de renunciar (*Leçons de Procédure – Civile*, 1865, 2.º vol., 9.a ed., pág. 590). Esta lição é repetida por Rui Barbosa, quando impugnou a solução arbitral entre os Estados de Minas Gerais e Espírito Santo: “O direito de comprometer, isto é, de submeter um litígio a arbitramento supõe o direito de transigir quem não pode transigir, não pode comprometer e só se permite comprometer acêrca de coisas, objetos, direitos em relação aos quais é dado transigir.”

(...)

Desenvolve a argumentação, em tórno do princípio de que só é possível transigir quando se pode dispor, o que exclui necessariamente o que se relaciona com a ordem pública.

(...)

Quando não pode o Executivo comprometer, transigir, alienar? Somente quando a lei o veda, ou quando está em jôgo a ordem pública, isto é, aquela ordem que protege não só os interêsses individuais, mas os da coletividade.

(...)

O caráter específico do arbitramento no direito administrativo - Foi talvez Pontes de Miranda quem, com mais rigor se insurgiu contra o caráter privatístico do juízo arbitral na esfera administrativa. Nos seus comentários ao Código do Processo Civil, no capítulo próprio escreveu (vol. VI, pág. 535): “O juízo arbitral, de que se cogita nos arts. 1.031 - 1.046, é o juízo arbitral para os processos civis. Nem compreende os juízos arbitrais de direito público, nem, a fortiori, os de direito interestadual ou supraestatal, sem se afastar que os artigos 1.031 - 1.046 possam ser, ou vir a ser, conteúdo de alguma lei, que a êles, ou a algum dêles, se refira.”

(...)

Sôbre esta matéria, comentou Amilcar de Castro (Comentários ao Código do Processo Civil, vol. X, pág. 498): É antiquíssima a tendência de facultar-se aos litigantes entregar a decisão da causa a pessoas de uma imediata confiança, em lugar de levá-la ao conhecimento do juízo competente. A jurisdição é um poder do Estado, mas êste permite também aos litigantes confiar a solução de seus pleitos a simples particulares por êles escolhidos. Só o Poder Judiciário administra justiça, mas isso não é um obstáculo à constituição do arbitramento, pois se os litigantes podem por si mesmos terminar o seu pleito, ou por desistência de um dêles, ou por acôrdo, nada obsta a que o façam por intermédio de terceiras pessoas a que concedam essa faculdade. Por isso é que alguns autores dizem que o arbitramento assim concebido é de direito natural, e na origem das sociedades seria o meio mais comum e ordinário de resolver os conflitos de interêsses. A finalidade do arbitramento é a de diminuir a aspereza da lide e facilitar a aceitação da sentença, mas o legislador não podia deixar de recorrer a essa forma

de distribuição de justiça, protegendo as partes e salvaguardando o interesse geral. Em primeiro lugar, um litígio não pode ser subtraído à competência da jurisdição estatal para ser levado ao conhecimento de simples particulares sem um texto de lei, ou sem o consentimento das partes. O ato pelo qual as partes consentem em se submeter à decisão dos árbitros se denomina compromisso. Compromisso, portanto, é o ato de constituição do juízo arbitral; e não se deve confundir o compromisso com o juízo arbitral que êle institui. O juízo arbitral é a realização do compromisso, ou o processo pelo qual se leva a efeito o compromisso, que é um ato jurídico.”

(...)

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.

(...)

Ora, sendo o juízo arbitral uma solução aceita pelas partes, criada ou admitida pela lei, nenhum conflito pode haver quanto à sua aceitação como procedimento normal e legítimo da Administração.

(...)

Tudo isso no pressuposto de que as partes interessadas aceitem a solução arbitral e se sujeitem às formas de processo estipulados.

Conclusões - No caso em aprêço, os numerosos pareceres existentes no processo opinam pelo exame em processo separado da chamada relação n.º 5 de bens adquiridos pela empresa depois de 1901.

É matéria digna de estudo porque êsses bens, não só foram adquiridos depois da data em que se teria reconhecido o capital da empresa, como também nem todos, ou, nem em sua integralidade foram aplicados nos fins principais da concessão. É matéria de fato e de direito relevante e complexa. Pergunta-se, entretanto: depende a constituição do juízo arbitral de autorização legislativa, no caso em exame?

Já vimos que o compromisso envolve o exercício de plenos poderes, inclusive o de transigir e de renunciar, o que dependeria, em tese, de autorização legislativa.

(...)

Sugestão Final - Parece-me que o juízo arbitral seria a melhor solução para essa controvérsia, tendo em vista: a) as dificuldades em firmar, com os elementos existentes no processo, uma opinião definitiva, principalmente na matéria de fato; b) a demora e as complicações de uma solução administrativa, em um processo que interessa a mais de um Ministério, contando-se ainda com o inconformismo de uma das partes, o que protelaria indefinidamente a solução; c) os inconvenientes de uma demanda judicial demorada e onerosa para a União; d) o interesse natural do Governo no encerramento definitivo de um processo que corre o risco de uma protelação desnecessária, para o Governo e para a Companhia; e) a experiência adquirida no trato desses assuntos, que, afinal, se encerram com graves danos e vultosas indenizações contra o erário público. Deve o juízo arbitral decidir: a) se os bens adquiridos pela Companhia depois de 1901 e incluídos na relação nº 5 porque não destinados aos fins da concessão, devem ser devolvidos à Companhia, e b) no caso afirmativo e de forma mais concreta, quais êsses imóveis, em face da relação nº 5? Para a constituição do Juízo arbitral é indispensável, a concordância prévia da Companhia. Uma vez aceita a solução arbitral, deve ser firmado o compromisso, escolhidos os árbitros e fixados as demais condições e processo do juízo arbitral. Estou certo de que um juízo arbitral bem constituído, permitirá uma solução justa e rápida, o que atende ao interesse público, cuja proteção é dever do Governo e da Administração. Não encontro, além do mais, óbices legais insuperáveis para a solução aventada. É o que me permito sugerir ao Governo com êste parecer.

Depreende-se da leitura do Parecer e reproduzido parcialmente, que são deduzidas as seguintes assertivas sobre a arbitragem e a utilização pela Administração Pública, que são relevantes para o presente estudo: i) existia distinção entre a cláusula compromissória, compromisso arbitral e o juízo arbitral; ii) o Decreto nº 7.959, de 29 de dezembro de 1880, editado à época do Império, que tratava das estradas de ferro, já trazia a possibilidade de utilização de arbitragem; iii) apesar de existir controvérsia sobre a possibilidade de utilização de arbitragem pela Administração, a cláusula compromissória estava presente nos contratos de concessão; iv) a instituição do juízo arbitral está relacionada ao poder de transigir

e renunciar; v) o compromisso é o ato de constituição do juízo arbitral, ao passo que o juízo arbitral é a concretização do compromisso; vi) a Administração Pública atinge melhor seus fins quando convoca a parte contratada para resolver as controvérsias de direito e de fato; vii) as partes interessadas aceitam melhor a solução arbitral.

2. A CONSULTORIA-GERAL DA REPÚBLICA

O Parecer nº 171-X, acima transcrito, foi exarado pelo Consultoria -Geral da República, por intermédio de Temistócles Brandão Cavalcanti, Consultor-Geral por solicitação do Presidente da República.

À época, a Consultoria-Geral da República era o órgão responsável pelo assessoramento jurídico da União, sendo o respectivo o cargo de Consultor-Geral preenchido por indicação do Presidente da República.

O Decreto nº 22.386, de 24 de janeiro de 1933, editado por Getúlio Vargas, estabelecia que era atribuição do Consultor-Geral emitir pareceres sobre questões jurídicas submetidas ao seu exame pelo Presidente da República e Ministros de Estado.

O sistema jurídico pátrio estabelece, no art. 131, § 1º, da Constituição Federal de 1988, e no art. 1º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que é atribuição da Advocacia-Geral da União – AGU realizar atividade de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo.

A partir da análise das normas que tratam da Consultoria-Geral da República e da Advocacia-Geral da União – AGU, depreende-se que ambos órgãos têm a função de realizar o assessoramento jurídico do Presidente da República.

Deste modo, o citado Parecer nº 171-X, elaborado pelo Consultor-Geral da República, teve por finalidade prestar orientação jurídica ao Presidente da República em questão relacionada se o juízo arbitral seria o meio adequado para decidir sobre o destino de bens de empresa concessionária de serviço público.

3. A ARBITRAGEM NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Convém lembrar que a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, é a principal norma que disciplina a arbitragem na atualidade.

O art. 1º da Lei nº 9.307/1996 estabelece a aplicabilidade da arbitragem está adstrita à solução de conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, restringindo a utilização do citado meio alternativo de resolução de conflitos.

A partir da leitura da referida norma, é possível afirmar que a arbitragem pode ser compreendida como um método de heterocomposição de conflitos em que o árbitro, exercendo a cognição nos limites da convenção de arbitragem livremente estabelecida pelas partes, decide a controvérsia com autonomia e de forma definitiva (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p.65).

Por sua vez, a compreensão da arbitragem deduzida no Parecer nº 171-X possui similitude quanto ao disposto na norma legal acima mencionado, assim como do conceito apresentado, notadamente no que concerne à utilização da arbitragem para equacionar questões pertinentes a direito patrimonial disponível, decorrente da vontade das partes interessadas e da escolha dos próprios árbitros que dirimirão o conflito.

Em relação ao entendimento sobre a cláusula arbitral, afigura-se que é a convenção existente em contrato, cujo conteúdo versa sobre o compromisso das partes em submeter à arbitragem os conflitos que, porventura, possam surgir do cumprimento ou interpretação das relações jurídicas estabelecidas por contrato, como estabelece o art. 4º da Lei nº 9.307/1996.

Por disposição legal (art. 8º da Lei nº 9.307/1996), a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato, de modo que mesmo ocorrendo nulidade ou outros vícios não implicam, necessariamente, em nulidade da cláusula compromissória. O Parecer nº 171-X sustenta que a existência de cláusula compromissória não enseja, necessariamente, a instauração da arbitragem se não houver vontade das partes. Atualmente, nos termos do art. 6º e 7º da Lei nº 9.307/1996, a cláusula compromissória permite a instituição da arbitragem, cabendo ao Poder Judiciário, se for caso, determinar a instauração da arbitragem se uma das partes se opuser injustificadamente.

Já o compromisso arbitral é a convenção bilateral pela qual as partes renunciam à jurisdição estatal e se obrigam a se submeter o conflito existente aos árbitros escolhidos pelas próprias partes.

O compromisso arbitral pode ser judicial refere-se à controvérsia já ajuizada perante a justiça ordinária, celebrando-se, então, por termo nos

autos, perante o juízo ou tribunal por onde correr a demanda, ou pode ser extrajudicial, se inexistir demanda judicial. Não havendo processo judicial, será celebrado compromisso arbitral por escritura pública ou particular, assinada pelas partes e por duas testemunhas (art. 9º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.307/1996).

O Superior Tribunal de Justiça, analisando pedido de homologação de sentença estrangeira, asseverou que as duas espécies de convenção de arbitragem, que são a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, originam o processo arbitral, pois nos referidos ajustes as partes ajustaram que eventual conflito relativo ao contrato firmado seria submetido ao juízo arbitral. Foi esclarecido, também, que a diferença entre as duas formas de ajuste consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato (BRASIL, 2007).

Constata-se, portanto, que a cláusula compromissória não representa um contrato perfeito e acabado (pacto futuro e incerto), constituindo uma medida preventiva, em que as partes simplesmente prometem efetuar um contrato de compromisso se surgir conflito. Por sua vez, o compromisso tem força vinculativa e faz com que as partes se comprometam a submeter certa pendência à decisão de árbitros regularmente constituídos.

O Juízo Arbitral consiste na efetiva instauração do processo arbitral, que ocorre por meio da convenção de arbitragem, que compreende a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (VELLOSO, 2013).

A convenção de arbitragem representa negócio jurídico advindo da autonomia privada ou da autoregulação de interesses, possibilitando às partes liberdade de celebração e de estipulação (VARGAS, 2015, p. 57).

Relevante efeito convenção arbitral é a exclusão da análise do conflito pelo Poder Judiciário, porquanto o juiz estatal está impedido de apreciar o mérito, sendo que a resolução da lide deve ocorrer por meio de decisão prolatada pelos árbitros escolhidos pelas partes (CAHALI, 2015, p. 186-187).

Diante da análise acima apresentada, infere-se que, desde à época da emissão do Parecer nº 171-X da Consultoria-Geral da República, existia discussão significativa sobre a utilização da arbitragem, como

meio alternativo de resolução de conflitos, em contratos administrativos firmados pela Administração Pública.

Depreende-se, também, que não houve alteração significativa a respeito da compreensão da aplicabilidade da arbitragem para solucionar controvérsias alusivas a direito patrimonial disponível, assim como do significado dos institutos jurídicos da cláusula compromissória, do compromisso arbitral e do juízo arbitral.

4. A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Após a exposição sobre o Parecer nº 171-X, no ano de 1950, cumpre rememorar que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 71.467 e do Agravo de Instrumento nº 52.181 (conhecido como caso Lage), o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1973, decidiu que seria possível a Administração Pública submeter-se ao Juízo Arbitral, porquanto a adoção de entendimento diverso implicaria restrição indevida à autonomia contratual do Estado em assumir obrigações em negócios jurídicos de direito privado em que for parte (BRASIL, 1973).

Diante da exposição de casos concretos emblemáticos sobre a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública, convém abordar o tema em análise na perspectiva da compreensão existente na atualidade.

Quando foi promulgada a Lei nº 9.307/1996, era disposto, unicamente, que a arbitragem poderia ser utilizada para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, havendo omissão a respeito da aplicação do referido instituto à Administração Pública Federal.

O artigo publicado por Ada Pellegrine Grinover (2003, p. 377-385) sobre a arbitragem e a prestação de serviços públicos, no ano de 2003, demonstra a dúvida existente à época sobre o assunto, sendo a conclusão no sentido de que é admissível a utilização da arbitragem pela Administração Pública.

Já a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterou a Lei nº 9.307/1996, estabeleceu expressamente a possibilidade de a Administração Pública (arbitrabilidade subjetiva) utilizar-se de forma ampla da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva) (TIMM; SILVA; RICHTER, 2016, p. 255-276).

Contudo, a alteração legislativa acima mencionada, não criou a possibilidade de o Poder Público solucionar seus conflitos por arbitragem, apenas foi explicitada mediante Lei, uma vez que a Lei nº 9.307/1996, não vedava sua utilização (ROCHA, 2016, p. 103-126).

A referida inovação advinda da Lei nº 13.129/2015 é abordada por Alexandre Santos de Aragão, no texto intitulado de “A arbitragem no Direito Administrativo” (2017, p. 19-58), no sentido de que a citada alteração legislativa promoveu expansão significativa da arbitragem na seara negocial da Administração Pública.

Cumpra lembrar, contudo, que a Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, incluiu o art. 23-A na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, prevendo a possibilidade de o contrato de concessão estabelecer o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem. A Lei nº 11.079, de 30 de novembro de 2005, já estabelecia também a previsão de utilização da arbitragem nos contratos de parceria público-privada. E o art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil vigente, estabelece que é permitida a arbitragem na forma da lei.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre a utilização do juízo arbitral em demandas relacionadas à Administração Pública no momento atual (BRASIL, 2017). Além disso, vale lembrar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na análise da SE 5.203-AgR, reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem (BRASIL, 2004).

Registre-se que, recentemente, foi publicado o Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, que trata especificamente da adoção da arbitragem como instrumento para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública Federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, referente aos seguintes assuntos: i) questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; ii) cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

Deste modo, tem-se que a arbitragem, atualmente, possui amplo amparo no sistema jurídico brasileiro, havendo embasamento para sua utilização nas controvérsias relacionadas ao direito patrimonial disponível da Administração Pública.

Na obra de Roberto Portugal Bacellar (2016, p. 151), cita-se que os arbitralistas informam muitas vantagens para a Administração Pública com a utilização da arbitragem, como meio alternativo para resolução de conflitos, a prevalência da autonomia da vontade das partes, a segurança, a especialidade, a efetividade e a celeridade, o que se coaduna com a premissa apontada no Parecer nº 171-X, no sentido de que a Administração Pública atinge melhor seus fins quando convoca a parte contratada para resolver as controvérsias de direito e de fato e de que as partes tendem a aceitar melhor a solução decisão arbitral em comparação a decisão judicial.

5. A CLÁUSULA ARBITRAL NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA ÁREA DE INFRAESTRUTURA

O dinamismo da atividade econômica e a complexidade da matéria relacionada a contratos administrativos de concessão de serviço público e de parceria público-privada, dentre outros fundamentos, evidenciam a necessidade de ser possível existir meios alternativos de solução de controvérsia com a Administração Pública em que seja factível obter solução satisfatória e tempestiva do conflito.

Diante desse contexto, foi publicado o Decreto nº 10.025/2019, que disciplina a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

Depreende-se da leitura do mencionado Decreto que a atual opção da Administração Pública Federal é de empregar a arbitragem, em substituição à jurisdição estatal, para solucionar litígios oriundos de contratos administrativos relacionados ao setor de infraestrutura.

Com efeito, tem-se que a legislação vigente está amoldando-se para possibilitar ao ente público a utilização da arbitragem em contratos administrativos que envolvam como objeto o setor de transporte terrestre, aquaviário e aéreo, dentre outros, como o setor de telecomunicações, comercialização de energia elétrica, exploração e produção de petróleo e gás (TIMM; SILVA; RICHTER, 2016, p. 255-276).

A execução dos citados serviços públicos e a realização de obras imprescindíveis de infraestrutura para a sua prestação demandam altos investimentos que devem ser realizados pelo setor privado em razão da escassez de recursos financeiros públicos, dentre outros fatores.

A Administração Pública, no exercício da sua função reguladora, deve criar ambiente jurídico favorável, para atrair os investimentos do setor privado, inclusive mediante a previsão de utilização de processo adequado de resolução de disputas.

Nesse contexto, a arbitragem, compreendida como fator de redução de riscos e custos transacionais futuros, principalmente em razão da celeridade procedimental, da especialização dos julgadores, potencializa o interesse dos investidores, razão pela qual existe relevância na opção da Administração Pública pelo manejo da arbitragem para dirimir conflitos de interesses relacionados a contratos administrativos de concessão de serviço público e de parceria público-privada (MAROLA, 2016, p. 33-36).

O emprego efetivo da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública, especialmente os de longo prazo já pode ser verificado em contratos administrativos firmados pelo Poder Público.

A título exemplificativo, vale citar a disputa bilionária envolvendo o Grupo Libra e a Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP, que foi dirimido por meio de procedimento arbitral conduzido pelo Centro de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá (Cam-CCBC).

O litígio acima mencionado versava sobre o reequilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo firmado pela CODESP, cujo objeto era o arrendamento de terminal do Porto de Santos (REDAÇÃO DA CONJUR, 2019).

Convém mencionar que a utilização da arbitragem para dirimir conflitos oriundos de contratos administrativos relacionados a área de infraestrutura demonstra-se relevante no sentido de que potencializa o número de interessados na consecução do objeto, preservando, dessa forma, o princípio constitucional da eficiência e da economicidade. (2017, p. 19-58).

Os contratos de concessão firmados, atualmente, pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC já possuem cláusula arbitral, no sentido de resolver os litígios relacionados a direito patrimonial disponível decorrente do contrato administrativo, como se verifica da cláusula abaixo transcrita que se encontra prevista na minuta padrão de contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes dos blocos nordeste, centro-oeste e sudeste, como consta no endereço eletrônico da ANAC (BRASIL, 2020):

2.1. O objeto do presente contrato é a Concessão dos serviços públicos para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura aeroportuária dos Complexos Aeroportuários integrantes dos Blocos Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste, a serem implementadas em fases:

(...)

17.5 Serão definitivamente resolvidos por arbitragem, observadas as disposições da presente seção e da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, todos os litígios havidos entre as partes relativos a direitos patrimoniais disponíveis, exclusivamente decorrentes do Contrato de Concessão ou a ele relacionados, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, assim definidos nos termos da Lei n.º 13.448/2017, verificados durante a execução ou após a extinção do contrato, após decisão definitiva da autoridade competente, ressalvadas matérias especificadas em ato regulamentar superveniente.

Nesse mesmo sentido, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT estabelece, nos contratos de concessão, a arbitragem como meio de resolução de conflitos, como se verifica da cláusula abaixo transcrita que se encontra prevista na minuta padrão de contrato de concessão para exploração do serviço público de transporte ferroviário de passageiros, como consta no endereço eletrônico da ANTT (BRASIL, 2020):

Objeto do Contrato

4.1 O objeto do presente Contrato é a concessão do Serviço Ferroviário na Estrada de Ferro EF-222, no trecho Rio de Janeiro - Campinas, incluindo a operação, manutenção e conservação do TAV Rio de Janeiro - Campinas, precedida do fornecimento e montagem da proteção acústica, dos Sistemas, do material rodante e dos equipamentos de manutenção (“Concessão”), no prazo e nas condições estabelecidos no presente instrumento e em seus Anexos.

(...)

4.3 Arbitragem

4.3.1 As Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem toda e qualquer controvérsia ou disputa entre elas oriunda ou relacionada ao Contrato ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados, que não tenha ou não possa ser resolvida de forma amigável

por meio de negociações de boa-fé conduzidas entre as Partes ou por meio da Comissão Técnica de que trata a Cláusula 42 acima, e que não se refiram a questões econômico-financeiras relacionadas ao Contrato.

O artigo escrito por Adilson Abreu Dallari, publicado no ano de 1995, citando a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispunha sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, assim como fazendo referência ao Código Civil e ao Código de Processo Civil vigente à época, sustentava que a arbitragem constituía um instrumento relevante para assegurar a execução de serviços públicos concedidos (1995, p. 63-67).

Com efeito, não subsiste dúvida que a utilização da arbitragem nos contratos administrativos já se destaca como meio alternativo e usual, utilizado pela Administração Pública, para solucionar conflitos.

Nesse diapasão, vale destacar a constatação existente no Parecer nº 171-X da Consultoria-Geral da República de que os contratos de concessão de estrada de ferro, desde à época imperial, possuíam cláusula arbitral no sentido de que eventual conflito relacionado à concessão deverá ser submetido à arbitragem.

Deste modo, verifica-se, outrossim, que a opção da utilização da arbitragem para dirimir litígio relacionado à concessão de serviço público estavam presentes nos contratos administrativos existentes à época do citado Parecer, no que concerne às concessões de estradas de ferro, assim como nos contratos administrativos referentes às concessões nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

CONCLUSÃO

Face aos fundamentos acima deduzidos, tem-se que, após mais de meio século, o Parecer nº 171-X, emitido pelo Consultor-Geral da República Temistócles Brandão Cavalcanti, no ano de 1950, constitui relevante fonte de pesquisa para o estudo do tema referente à possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem para resolver conflitos referentes a direito patrimonial disponível nos contratos de concessão de serviço público, sendo certo que as premissas trazidas no citado Parecer são relevantes e aplicáveis para melhor compreensão do assunto.

Hodiernamente, a utilização da arbitragem nos contratos de concessão de serviço público, alusivo ao setor portuário e de transportes

rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, com base no Decreto nº 10.025/2019, demonstra a opção exclusiva do uso da arbitragem para dirimir controvérsias contratuais, evidenciando a relevância do citado meio alternativo de solução de litígios e a necessidade de estudo do tema.

REFERÊNCIAS:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017. Disponível em: < <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1935>>. Acesso em 02 de junho de 2020.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. 2ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção saberes do direito).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo de Instrumento 52.181/GB. *Admissibilidade do juízo arbitral*. Incorporação de bens à Fazenda Nacional. Agravante: União Federal. Agravado: Espólio de Renaud Lage e outros. Relator: Ministro Bilac Pinto, de 14 de novembro de 1973. DJ 15.02.1974.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 71.467/GB. *Admissibilidade do juízo arbitral*. Incorporação de bens à Fazenda Nacional. Recorrente: Espólio de Renaud Lage e outros. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Bilac Pinto, de 14 de novembro de 1973. DJ. 15.02.1974.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5206. *Lauda arbitral estrangeira*. Constitucionalidade da lei de arbitragem. Relator(a): Sepúlveda Pertence, de 12 de Dezembro de 2001. Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1624362>>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Sentença Estrangeira Contestada 1210/GB. *Sentença arbitral estrangeira*. Homologação. Diferença entre convenção de arbitragem e cláusula compromissória. Requerente: International Cotton Trading Limited ICT. Requerido: Odil Pereira Campos Filho. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, de 20 de junho de 2007. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HOMOLOGA%C7%C3O+DE+SENTEN%C7A+ESTRANGEIRA&processo=1210&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Conflito de Competência 139519/RJ. Juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal. Conhecimento. *Arbitragem. Natureza Jurisdicional*. Meios alternativos de solução de conflito. Princípio da Competência-Competência. Precedência do Juízo Arbitral em relação à jurisdição estatal. Suscitante: Petróleo Brasileiro S.A – PETROBRAS. Suscitado: Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator. p/ Acórdão: Ministra Regina Helena Costa, de 11 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=139519&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

BRASIL, *Agência Nacional Transporte Terrestre – ANTT*. Disponível em: <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/22586/Minuta_do_Contrato_de_Concessao.html>. Acesso em 02 junho de 2020.

BRASIL, *Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC*. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/nova-rodada/contratos-e-anexos/contrato.pdf#page66>>. Acesso em 02 junho de 2020.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ. 5ª ed. revista, atualizada. São Paulo: Editora *Revista dos Tribunais*, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. rev. Atual. Ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. – 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALCANTI, Themístocles B. Concessão de Serviço Público. Encampação. Juízo Arbitral. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 45. jul.-set./1956, p. 517.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista de informação legislativa*, v. 32, n. 128, p. 63-67, out./dez. 1995.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Arbitragem e Prestação de Serviços Públicos*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 233: 377-385, Jul./Set. 2003. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45459/45041> >. Acesso em 02 de junho de 2020.

REDAÇÃO DA CONJUR. Codesp vence disputa bilionária em arbitragem contra o grupo Libra. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur)*. São Paulo, 08 JAN. 2019. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-08/codesp-vence-disputa-bilionaria-arbitragem-grupo-libra>>. Acesso em 02 de junho de 2020.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 49. ano 13. p. 103-126. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares da; RICHTER, Marcelo de Souza. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 50. ano 13. p. 255-276. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

VARGAS, Daniel Vianna. Cláusula de renúncia à ação anulatória: os limites das disposições de direitos nas convenções de arbitragem. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, Humberto (orgs.). *Temas controvertidos na arbitragem à luz do código de processo civil de 2015*. 1º ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Arbitragem: indispensabilidade do compromisso arbitral. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, nº 8, out./dez. 2013.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

