

Arbitragem na concessão de serviço público

ADILSON ABREU DALLARI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Legalidade da arbitragem. 3. Constitucionalidade da arbitragem. 4. Controle jurisdicional da arbitragem.

1. Introdução

Contrato é um acordo de vontades. No instrumento de contrato pretendem as partes contratantes cristalizar e especificar os termos do acordo, para que a estipulação inicial tenha força de lei entre elas, de maneira a eliminar eventuais discordâncias futuras: *pacta sunt servanda*.

Entretanto as possibilidades de surgimento de controvérsias são infinitamente maiores do que a capacidade humana de previsão. Sempre podem surgir divergências seja a respeito de situações não previstas, seja a respeito da interpretação de dispositivos contratuais efetivamente existentes, ou mesmo de normas legais incidentes sobre o contrato.

Diante da absoluta impossibilidade de erradicação de conflitos, o direito positivo tem cuidado de estabelecer mecanismos cada vez mais aperfeiçoados para a composição de conflitos, procurando atingir a paz e a segurança jurídica, por meios que apresentem, simultaneamente, os requisitos da celeridade e da efetiva realização da justiça.

Os conflitos podem ser compostos por meio de duas vias principais: amigável e jurisdicional. A via jurisdicional comporta diversas modalidades, mas todas elas pressupõem a existência de uma autoridade pública, constituída independentemente da vontade das partes conflitantes, e dotada de poderes para dizer o direito de maneira definitiva (coisa julgada). Seja permitido lembrar aqui a pitoresca expressão

Adilson Abreu Dallari é Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

amíúde utilizada pelo inesquecível mestre Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

"A lei diz aquilo que o juiz diz que ela diz".

A via amigável comporta a superação do conflito pela simples concordância entre as partes, e comporta, também, um meio mais sofisticado, consistente na escolha, pelas partes conflitantes, de um árbitro (singular ou colegiado), ao qual ambas entregam o encargo de solucionar a pendência, comprometendo-se previamente a acatar a decisão que vier a ser dada. Dá-se a isto o nome de arbitragem, que é uma forma amigável de solução de divergências ou composição de conflitos.

A arbitragem, até agora, não era usual no Brasil, mas está ganhando prestígio, talvez até mesmo pela importância assumida e pelos ótimos resultados apresentados em outros sistemas jurídicos.

Nos Estados Unidos, conforme nos dá notícia Arthur Rios (Juizes Particulares ou *Rent a Judge*, 3ª RTD, nº 98, maio/95, p. 393)

"o compromisso arbitral ou o juízo arbitral, é altamente disseminado como *rent a judge*, onde advogados especializam-se para decisão de conflitos de direito privado. São os árbitros que oferecem seus serviços em anúncios de revistas, jornais e pelos meios de comunicação em geral".

Dependendo da adoção dessa prática entre nós, esse consagrado mestre da Universidade Federal de Goiás apresenta uma série de considerações que merecem fiel transcrição:

"O mundo negocial está numa fase de transformação contínua ou dinamismo extraordinário. Inicia-se pela necessidade de maior rapidez das negociações, vai até as novas regras mercadológicas ou de *marketing* de venda. Constata-se um hiato entre as emergentes necessidades de solução rápida de seus problemas e a realidade do direito, que fica aguardando a análise dos doutrinadores e a manifestação jurisprudencial dos tribunais, o que leva anos para se apascentar e tranquilizar o mundo negocial.

O Poder Judiciário luta com o dinamismo das rápidas transformações dos negócios, produzindo questões inusitadas até então nos tribunais, tendo diante de si uma legislação que às vezes reflete necessidades de décadas atrás e isso é torturante...

Além disso um grande dilema do ser ou ter ronda o Poder Judiciário. A avalanche de processos ou o ser contra-põem-se à pressão por quantidades estatísticas de julgamentos, que é o ter. Pode ocorrer daí que a imponente do juiz imponha uma confiança, mas confiança partida do receio e da impotência do jurisdicionado. As reclamações pela maior celeridade da justiça podem levar a um desprezo pela prova dos autos. É um círculo vicioso: a lentidão dos julgamentos promove o protesto; a rapidez dos julgamentos, diante do grande volume de casos para cada juiz julgar, produziria a insegurança jurídica.

Nem todos os juizes são perfeitos, para equilibrar quantidade com qualidade das decisões, embora todos sejam dedicados. A exigência dos números estatísticos pode suplantar a da análise, forçando o desprezo das provas materiais, em nome da pressa e dos números e posições estatísticas de primeiros lugares.

A solução parece-nos que estaria em se diminuir o volume de processos de direito privado (cível e comercial) no Poder Judiciário. Primeiro, em se criando crivos seletivos, para ingressos; segundo, em se oferecendo mecanismos de julgamento, onde as partes possam contratar as soluções com quem de confiança comum, dispensando o juiz togado".

Preocupações dessa natureza levaram a Federação e a Central das Indústrias do Estado de São Paulo a criar uma Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo. Em entrevista concedida ao jornal *Tribuna do Direito* (julho de 1995, p. 16) a Diretora dessa Câmara, advogada Selma Maria Ferreira Lemes, depois de mencionar as dificuldades que fazem com que o Judiciário seja irremediavelmente lento, enfoca mais um importante aspecto da questão:

"A globalização da economia, que encontra no Mercado Comum do Sul (Mercosul) seu filho mais próximo e promissor, bem como a volatilização das transações comerciais caminham em ritmo tal, que a sociedade necessita adaptar-se a elas, encontrando outras trilhas para resolver suas controvérsias (mediação, arbitragem etc.), afastando o recurso à justiça estatal pelos inconvenientes mencionados".

Nessa mesma reportagem, são feitas algumas importantes e objetivas distinções que merecem especial destaque:

"A arbitragem difere da justiça estatal por várias características. Uma delas é a especialidade: pode ser nomeada árbitro uma pessoa que detenha conhecimento técnico sobre a questão, como um engenheiro mecânico para decidir caso em que se discute o desempenho de uma máquina. Outra é o sigilo, pois a arbitragem corre em segredo, não havendo publicidade como nos processos judiciais.

A arbitragem também se distingue pela celeridade, pois as questões menos complexas podem ser resolvidas em aproximadamente 60 dias. Por último, o clima em que se desenvolve a arbitragem é menos formal e mais flexível: não há a animosidade e o rigor processual presentes no contencioso jurisdicional, asseguram os adeptos do sistema. Segundo eles, diante das características da relação custo-benefício, a arbitragem é bastante utilizada em todo o mundo.

Qual a diferença entre mediação e arbitragem? Na mediação ou conciliação, uma terceira pessoa aproxima as partes, procura encontrar o ponto de discordância e sugere soluções para que, mediante acordo, elas próprias ponham fim às divergências. Na arbitragem, o árbitro resolve o conflito entre as partes".

Parece, portanto, que não há dúvida alguma a respeito da necessidade ou, pelo menos, conveniência da ativação dos mecanismos de composição amigável dos conflitos.

O problema que se coloca é o da viabilidade da utilização da arbitragem para a solução de conflitos surgidos na execução de contratos administrativos, especialmente na concessão de serviço público.

2. Legalidade da arbitragem

Apreciando o processo de contratação de concessionário para exploração da ponte Rio-Niterói, o Tribunal de Contas da União (Decisão nº 763/94) determinou o seguinte:

"c) excluir as disposições dos itens 204 e 208 do Edital de Propostas de Tarifa que estabelecem a arbitragem como método para a resolução de conflitos entre a concessionária e o DNER, ante a inexistência de fundamento legal para adoção de tal instituto em contratos

administrativos, consoante decisão do Tribunal de 15.7.93 (Ata nº 29/93. Decisão 287/93 – Plenário)".

Tal entendimento, quando estabelecido, já estava equivocado, pois efetivamente já havia naquela ocasião fundamento legal para a arbitragem, embora não explícito.

Com efeito, o art. 54 da Lei nº 8.666, de 21.6.93, assim dispõe:

"Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado."

Isso significa que poder-se-ia ter aplicado, *supletivamente e no que coubesse*, o disposto nos artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil (que trata do Compromisso, ao dispor sobre o Direito das Obrigações), e nos artigos 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil (que cuida do Juízo Arbitral).

Atualmente, existe dispositivo legal expresso não-somente autorizando, mas, mais que isso, determinando a utilização da arbitragem na solução de eventuais conflitos em matéria de concessão de serviço público.

A Lei nº 8.987, de 13.2.95, que estabelece normas gerais sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, ao cuidar do Contrato de Concessão, diz, em seu art. 23 e inciso XV, o seguinte:

"Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

.....
XV – ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais".

Ou seja, não só é permitida, mas, mais que isso, é obrigatória a previsão, no contrato, da arbitragem, como "modo amigável de solução das divergências contratuais".

Diante disso, era plenamente louvável, justificável e oportuna a emenda aditiva que foi apresentada pelo Deputado Mussa Demes ao projeto de conversão da medida provisória editada pelo Executivo para complementar a Lei nº 8.987/95, no sentido de disciplinar o processo de arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos.

Como se sabe, o Código Civil cuida precisamente de relações jurídicas entre particulares, e o Código de Processo Civil foi talhado

para disciplinar a solução de conflitos entre particulares. Por essa razão, os dispositivos desses dois Códigos a respeito da arbitragem não podem ser inteiramente aplicados aos conflitos entre particulares e a Administração Pública, mas, sim, apenas, no que couber.

A emenda aditiva visava, exatamente, disciplinar a arbitragem nos contratos administrativos, sob o enfoque do regime jurídico administrativo, com aplicação supletiva do disposto no Código Civil e no Código de Processo Civil.

Vale a pena transcrever parte da justificativa apresentada pelo referido parlamentar:

"A persistir no entendimento conservador do TCU de que não há base legal para a adoção do instituto do Juízo Arbitral, as concessões serão prejudicadas: como convencer investidores a realizarem vultosas aplicações de capital, com retorno a longo prazo, para depender de uma justiça morosa e desaparelhada, para a resolução de conflitos entre Poder Concedente e Concessionária sobre revisão tarifária? Provavelmente a concessionária irá a insolvência antes da decisão judicial.

Vamos escolher agora entre a instituição do Juízo Arbitral para as concessões ou a supervalorização tarifária que, certamente, acabará sendo praticada para fazer frente a possíveis longas demandas judiciais".

Lamentavelmente, porém, a referida emenda aditiva não foi acolhida. Isso não significa, de modo algum, que a arbitragem não possa ser consignada em casos específicos, pois ela continua figurando no art. 23 da Lei nº 8.987/95, podendo e devendo ser disciplinada nas legislações estaduais e municipais.

Saliente-se, entretanto, que o problema não é o de falta de base legal, tanto porque isso já existe, quanto porque, se não existisse, poderia ser instituída por lei ordinária federal, estadual ou municipal. O que se questiona é a constitucionalidade da arbitragem nas relações contratuais de direito público.

3. Constitucionalidade da arbitragem

Argumentam alguns que, diante dos princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade dos interesses públicos e da indisponibilidade dos instrumentos destinados à defesa dos interesses públicos, a Administração Pública ao contratar não poderia abrir

mão da possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário.

Entendem outros que a arbitragem nos contratos administrativos seria inconstitucional porque violaria a garantia conferida aos cidadãos no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, no sentido de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Por último, há quem entenda que a arbitragem se chocaria com o princípio constitucional da legalidade, dado que na arbitragem é possível que a solução do conflito seja feita por equidade, à margem da estrita legalidade.

Nada disso, porém, impede a adoção da arbitragem.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial, deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização concreta da justiça. Inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública.

Em segundo lugar, a lei instituidora ou disciplinadora da arbitragem nos contratos administrativos não está vedando o acesso ao Poder Judiciário, mas, sim, apenas proporcionando uma alternativa, que pode ser utilizada com maior ou menor intensidade, para certas espécies de conflitos (por exemplo, questões técnicas ou econômicas), não havendo possibilidade alguma de se excluir totalmente o controle jurisdicional da Administração Pública, conforme se demonstrará mais adiante.

Apenas para constar, cabe ressaltar que, mesmo em sede judicial, quando o conflito depende ou decorre de situações materiais que precisam ser analisadas ou avaliadas, a solução acaba recaindo nas mãos de técnicos, designados para atuar como peritos ou assistentes técnicos, em cujas opiniões o juiz se louva. Ora, na arbitragem tais peritos, merecedores da confiança das partes, solucionam diretamente a questão material controversada.

Em terceiro lugar, a possibilidade de solução dos conflitos pelo critério da equidade é

uma simples faculdade que pode existir ou não nas arbitragens envolvendo exclusivamente particulares (confira-se arts. 1.040 do CC e 1.075, IV, do CPC), mas que não pode ser aplicada aos contratos administrativos.

Isto mostra a necessidade de uma disciplina específica das arbitragens aplicadas aos *contratos administrativos, com utilização apenas subsidiária dos Códigos existentes*.

Para completar, cabe apenas acrescentar que a União Federal é competente para legislar sobre esse assunto, expedindo normas gerais (sem ofender a autonomia política e administrativa de Estados e Municípios), com base nos artigos 22, XXVII, e 175 da Constituição Federal. Ressalte-se, todavia, que a falta de normas gerais não impede a edição de normas específicas (detalhadas, particularizadas) federais, estaduais, distritais ou municipais, cada uma com eficácia restrita ao seu respectivo âmbito de validade.

4. *Controle jurisdicional da arbitragem*

A adoção da arbitragem como forma amigável de solução de divergências na execução de contratos administrativos não se choca com a regra, constitucionalmente estabelecida, no sentido de que nenhuma lesão de direito pode ser subtraída ao exame do Poder Judiciário.

Universalidade e independência do Poder Judiciário, quando no exercício de atividade jurisdicional, são princípios fundamentais do Estado democrático de direito.

O respeito a esses princípios determinou a inafastabilidade do controle jurisdicional mesmo nas arbitragens de conflitos entre particulares, ainda que as partes tenham expressamente convencionado a irrecorribilidade ao Poder Judiciário.

Com efeito, os artigos 1.046 do Código Civil e 1.101 do Código de Processo Civil deixam permanentemente aberto o caminho ao Poder

Judiciário, sempre, para qualquer das partes, caso tenha ocorrido alguma nulidade no curso do processo de arbitragem.

Com muito maior razão não se poderá vedar o ingresso ao Poder Judiciário em caso de nulidade ocorrida no processo de arbitragem para solução de controvérsia na execução de qualquer contrato administrativo.

O compromisso das partes é sempre no sentido do acatamento de decisão regular, tomada pelo árbitro após regular tramitação do feito. A ocorrência de vício jurídico no curso do processo de arbitragem libera a parte prejudicada do compromisso de não recorrer ao Judiciário, exatamente porque nenhuma das partes jamais se comprometeu a acatar decisão tomada de forma irregular, contrariando disposições legais ou contratuais, ou, ainda, especialmente, os próprios termos do compromisso arbitral.

Além disso, cabe destacar que o compromisso arbitral vincula apenas as partes contratantes, não se estendendo a terceiros, que, julgando-se prejudicados, sempre poderão recorrer à via judicial para a defesa de seus direitos e interesses.

Em se tratando de contratos administrativos, onde sempre estão presentes interesses públicos, é absolutamente certo que não se poderá impedir a eventual propositura de ação popular ou de ação civil pública, conforme o caso.

Em resumo, a arbitragem pode ser um instrumento extremamente útil para assegurar a regularidade na execução de serviços públicos concedidos, na medida em que permite que se chegue rapidamente à composição dos conflitos, mediante decisão tomada por quem seja um expert no específico assunto controvertido, sem qualquer risco de sacrifício do interesse público, que ficará sempre resguardado.