



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
ADJUNTORIA DE CONSULTORIA

NOTA nº 24/2010/BAC/CONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº 00407.010259/2010-76

INTERESSADO: Procuradoria-Geral Federal

ASSUNTO: Conciliação, Mediação e Arbitragem promovida por entidades públicas.

Senhor Procurador-Geral Federal,

Versa a presente manifestação acerca da possibilidade, viabilidade e instrumentalização dos institutos da mediação, conciliação e arbitragem promovidas por entes públicos.

2. Ante a relevância do tema, o Senhor Procurador-Geral Federal publicou a Portaria nº 1, de 15 de julho de 2010, que designou Grupo de Trabalho constituído pelo Fórum de Procuradores-Chefes "para realizar estudos sobre negociação e arbitragem, e sobre a regulamentação de atuação de câmaras de arbitramento, na forma da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, no âmbito das Procuradorias Federais integrantes do Fórum".

3. Preliminarmente faz-se necessária uma breve síntese sobre o desenvolvimento dos institutos em estudo para melhor compreensão do seu objeto, extensão e efeitos.

4. A mediação, conciliação e arbitragem não são instrumentos novos na solução de conflitos. A humanidade sempre buscou caminhos que não fossem morosos ou serpenteados de fórmulas rebuscadas, visto que os negócios, sejam civis, sejam comerciais, exigem respostas rápidas, sob pena de, quando solucionados, perderem o objeto e ficarem desprovidos de eficácia, com prejuízos incalculáveis para as partes interessadas.

5. No Brasil o tema também não se mostra uma novidade. Ainda na condição de Colônia, vigoravam as Ordenações Filipinas, que disciplinavam a arbitragem no Livro III, referindo-se aos juízes árbitros e aos arbitadores.

6. Já na Constituição de 1824, no artigo 160, facultava-se às partes nomear juízes-árbitros, nas ações cíveis e nas penais civilmente intentadas, cujas sentenças eram executadas, sem recurso, desde que as partes assim convencionassem¹.

7. Desde então, o Direito Pátrio, pelos mais variados diplomas legislativos, como o Código Comercial de 1850, o Código Civil de 1916, o Código de Processo Civil de 1939, dentre outros, tratou da arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos entre as partes.

8. Todavia, a prática comercial brasileira desconhecia a arbitragem. Isso se explica pela longa demora que, à época, caracterizava o processo arbitral, submetido sempre ao controle judicial. Segundo menciona o Professor Ives Gandra Martins, houve caso

¹ CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824): Art. 160. Nas cíveis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

D. R. A.

em que a decisão final, para permitir a execução da decisão dos árbitros, chegou a ocorrer trinta anos após a constituição do tribunal arbitral. O fato da cláusula compromissória - pela qual as partes se obrigam a sujeitar os litígios a arbitragem - não permitir a execução específica e a necessidade de dupla homologação para as arbitragens realizadas no exterior foram, então, obstáculos insuperáveis para o desenvolvimento do instituto em nosso país².

9. Era evidente, portanto, a necessidade de aprimoramento deste instituto. Por essa razão, foi gestado por longos anos um anteprojeto do extinto Ministério da Desburocratização, publicado pelo Ministério da Justiça³, que constituiu uma Comissão Especial para elaborar uma Lei sobre a arbitragem com o fim de "afastar do Judiciário o trabalho imenso que lhe era imposto, facilitando não só a vida do súdito, como do próprio Tribunal".

10. Tal trabalho culminou na edição da Lei nº 9.307, publicada em 23 de setembro de 1996, que prestigiou o instituto da arbitragem, principalmente por equiparar os efeitos da sentença arbitral às sentenças proferidas pelo Poder Judiciário.

11. Dessa forma, no atual ordenamento a arbitragem se tornou um meio alternativo ao Judiciário para solução de controvérsias, pelo qual as partes (pessoas físicas ou jurídicas) livre e voluntariamente se submetem, visando soluções ágeis e a custo reduzido.

12. Embora sua gênese tenha gerado bastante polêmica, fato é que se criou processo ágil e flexível, adaptando-se às necessidades de cada caso, sem prejuízo de manutenção dos princípios da autonomia da vontade, do contraditório e da ampla defesa.

13. Surgiram, certamente, questionamentos acerca da constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, especialmente em virtude da garantia assegurada pelo art. 5º, XXXV, da Constituição, o qual prevê expressamente que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

14. O reconhecimento da constitucionalidade do instituto da arbitragem, entretanto, deu-se por maioria dos votos, no dia 12.12.2001, em julgamento proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em processo de homologação de sentença estrangeira (SE 5206). No julgado, o Ministro Carlos Velloso, além de reafirmar a possibilidade da arbitragem sobre direitos patrimoniais disponíveis, asseverou que as partes podem renunciar ao direito, que não lhes é tolhido, de recorrer à Justiça.

MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM - SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS

15. Embora ainda usados impropriamente como sinônimos, a mediação, a conciliação e a arbitragem são conceitos diferentes.

A) CLASSIFICAÇÃO

16. Metodológica e didaticamente pode-se fazer alusão a dois mecanismos de composição de conflitos. De um lado a autocomposição, que engloba os institutos da conciliação, da mediação e da negociação coletiva, e, de outro, a heterocomposição, que abrange a arbitragem e a solução jurisdicional.

17. De ressaltar-se, não obstante, o fato de que a doutrina não é uníssona em posicionar a mediação como meio autocompositivo de resolução de conflitos, uma vez que há doutrinadores classificando-a como meio heterocompositivo.

A1) AUTOCOMPOSIÇÃO

² MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Dez anos da lei de arbitragem*. Folha de São Paulo. Publicado em 24/09/2006.

³ Cf. Portaria 318, de 25.5.81, DOU de 27.5.81.

9 MC
12.2
2

18. Conforme já consignado acima, três são as formas autocompositivas de resolução de conflitos, exigindo, ainda que perfunctoriamente, uma conceituação desses institutos.

19. Na mediação surge a figura do mediador, que é escolhido de comum acordo pelas partes em litígio, cuja função é servir de canal de comunicação entre os litigantes visando a uma decisão em que prevaleça a vontade das partes, e nunca a sua, porquanto não promove sugestões como o mediador.

20. Na conciliação tem-se a figura do conciliador, que ajuda as partes a comporem a solução propondo sugestões para o acordo. A sua natureza é contratual, podendo ainda ser convencional ou regulamentada. A conciliação possui dois tipos: judicial e extrajudicial.

21. A negociação coletiva⁴, prevista no art. 114, § 1º, da Constituição Federal, cinge-se à fase das tratativas de interesses entre sindicatos de trabalhadores e patronal, que, sem a intervenção de terceiro, ainda que assistidos por advogados lavram convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho.

A.2) HETEROCOMPOSIÇÃO

22. Dos meios heterocompositivos – arbitragem e solução jurisdicional – um estudo mais detido será exigido quanto ao primeiro, porquanto forma de resolução de conflitos extrajudicial.

23. Mas, de forma lacônica, impõe-se frisar que a solução jurisdicional é aquela em que "o Estado exerce a função que lhe é própria, a jurisdição, na qual a vontade das partes cede lugar a um órgão imparcial do Estado, qual a Justiça do Trabalho"⁵.

24. A arbitragem, que será alvo de estudo em separado, também denominada "Lei Marco Maciel" (Lei nº 9.037/96), "é um meio alternativo de solução de conflitos, através do qual as partes elegem uma terceira pessoa, cuja decisão terá o mesmo efeito que a solução jurisdicional, pois é impositiva para as partes"⁶.

B. MEDIAÇÃO

B.1 CONCEITO

25. Pode-se definir mediação como uma "técnica de composição dos conflitos caracterizada pela participação de um terceiro, suprapartes, o mediador, cuja função é ouvir as partes e formular propostas"⁷.

B.2 BREVES CONSIDERAÇÕES

26. Para efeito desse estudo considerar-se-á a mediação como forma autocompositiva, ainda que presente a figura do mediador, terceiro alheio aos interesses individuais das partes em litígio, porque há total autonomia das partes quanto à decisão mais satisfatória para ambas. Diferente seria se, para a resolução do conflito, preponderasse a vontade do mediador sobre a das partes.

⁴ "Negociação coletiva é forma de desenvolvimento do poder normativo dos grupos sociais segundo uma concepção pluralista que não reduz a formação do direito positivo à elaboração do Estado. É negociação destinada à formação consensual de normas e condições de trabalho que serão aplicadas a um grupo de trabalhadores e empregadores" (NASCIMENTO, Amauri mascaro, *Iniciação ao direito do trabalho* 25 ed. São Paulo: LTR, 1999, p. 518).

⁵ FRANCO FILHO, Georzenor de Sousa *A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil* São Paulo: LTR, 1990, p. 30.

⁶ MORGADO, Isabele Jacob *A arbitragem nos conflitos de trabalho* São Paulo: LTR, 1998, p. 31

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro *Curso de direito processual do trabalho* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 13

27. A mediação, como forma autocompositiva, é meio extrajudicial de resolução de conflitos, podendo ocorrer antes ou depois de instalada a controvérsia, ou seja, de caráter preventivo ou resolutivo respectivamente.

28. Como características marcantes pode-se citar a rapidez e eficácia de resultados; a redução do desgaste emocional e do custo financeiro; garantia de privacidade e sigilo; redução da duração e reincidência de litígios; facilitação da comunicação etc. Consentâneo dizer que "o procedimento de mediação é informal; começa por uma notificação por meio da qual as partes pedem a atuação dos mediadores; procede-se à reunião com as partes, em conjunto ou separadamente, esgotando-se todos os esforços, durante dias seguidos se necessário, para que os interlocutores sociais cheguem a um entendimento direto"⁸.

29. Uma indagação pode surgir, qual seja: tendo-se iniciado a ação judicial pode as partes recorrer à mediação? Certamente que sim, pois a mediação pode ocorrer antes, durante ou depois de iniciado o processo judicial.

30. Por derradeiro, há de distinguir-se a mediação da conciliação na medida em que esta é "judicial e em alguns casos extrajudicial, enquanto a mediação é extrajudicial. Logo, se o acordo é em juízo, o nome é conciliação (...) Na mediação, o mediador é via de regra escolhido pelas partes, embora em alguns casos isso possa não ocorrer, como na mediação da Delegacia Regional do Trabalho, no Brasil; na conciliação nem sempre é assim, pois o conciliador pode ser até mesmo o juiz. Na conciliação geralmente atua um órgão permanente destinado a esse fim, enquanto na mediação pode surgir a figura do mediador para cada caso concreto"⁹.

C. CONCILIAÇÃO

C.1 CONCEITO

31. O vocábulo "conciliação" é equívoco. Daí a necessidade de situá-la e diferenciá-la de outras formas de alternativas de resolução de conflitos como mediação, negociação, arbitragem. Conforme dito anteriormente, na mediação, um terceiro buscará aproximar as partes a fim de que elas mesmas cheguem a uma solução da controvérsia. A ele não cabe impor, ou sequer propor, uma resposta, por isso ela é considerada uma forma de autocomposição. Igualmente, na negociação, as partes por si próprias, ou por seus procuradores, tentam chegar a um acordo. Na arbitragem, um terceiro escolhido pelas partes tem a incumbência de resolver o conflito, sendo uma forma de heterocomposição.¹⁰ Conceituando a conciliação, José Maria Rossani Garcez escreveu:

No Brasil a expressão conciliação tem sido vinculada principalmente ao procedimento judicial, sendo exercida por juízes, togados ou leigos, ou por conciliadores bacharéis em direito, e representa, em realidade, um degrau a mais em relação à mediação, isto significando que o conciliador não se limita apenas a auxiliar as partes a chegarem, por elas próprias, a um acordo, mas também pode aconselhar e tentar induzir as mesmas a que cheguem a este resultado, fazendo-as divisar seus direitos, para que possam decidir mais rapidamente.¹¹

C.2 BREVES CONSIDERAÇÕES

32. A Procuradora do Trabalho, Elaine Nassif, traduziu um conceito da doutrina italiana nesses moldes¹²:

⁸ Op. Ct. P. 14-5

⁹ Op. Cit. P. 15

¹⁰ SILVA, João Roberto. A mediação e o processo de mediação. 1ª edição. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004. p. 77-78. APUD COOLEY, John W. A advocacia na mediação. Brasília: Ed. UNB, 2001.

¹¹ GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação. ADRS Mediação. Conciliação e Arbitragem. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 54

¹² NASSIF, Elaine. Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da "justiça menor" no processo civil e trabalhista. São Paulo: Editora LTR, 2005, p. 151. Apud RUSSO, Carmine; MASTRANGELO, Tiziana; RAINERI, Pierangelo. Conciliazione e arbitrato. Roma: Romana, 2002

4

(...) um procedimento de resolução de controvérsias, na qual uma terceira pessoa imparcial, o conciliador, assiste às partes em conflito guiando a sua negociação e orientando-as no sentido de encontrar acordos reciprocamente satisfatórios.

33. Nessa linha, a definição constante da Enciclopédia Jurídica Leib Soibelman¹³:

"Conciliar é fazer com que as partes entrem em acordo, dispensando uma decisão de mérito do juiz, cuja sentença passa a ser meramente homologatória da vontade das partes, embora com o mesmo valor de uma sentença ordinária".

34. Em síntese, a conciliação é um procedimento de solução de controvérsias em que um terceiro, de forma imparcial, conduz as partes a um acordo satisfatório. Pode ser judicial ou extrajudicial.

35. Desta forma, a conciliação depende da vontade das partes, seja para se submeter ao procedimento, ou para dizer quais os termos do acordo. As questões processuais (contraditório, prova) ou de direito material (culpa, debates doutrinários e jurisprudenciais) ficam afastadas no momento da conciliação, isto é, abre-se mão de buscar a verdade material, com todo o seu custo material e emocional implícito (produção de provas, possibilidade de recursos, liquidação), com o objetivo de por fim ao conflito. A rigor, não se cuidará do processo, mas sim da manifestação de vontade da parte na celebração de um negócio jurídico que solucione o litígio.

36. Depreende-se de seu conceito e natureza que a conciliação, além da solução mais rápida do litígio e da maior possibilidade de cumprimento ao acordo (já que as próprias partes deliberaram sobre isso).

D. ARBITRAGEM

D.1 CONCEITO

37. Constitui-se a arbitragem num "instituto misto, porque, como leciona *Guido Soares*, é, a um só tempo, jurisdição e contrato, sendo um procedimento estipulado pelas partes, com rito por elas determinado, ou, na falta, suprido pela lei processual da sede do tribunal arbitral, fundando-se no acordo de vontade das partes que procuram obter a solução de um litígio ou de uma controvérsia"¹⁴.

38. Pode-se, ainda, conceituar arbitragem como "um processo de solução de conflitos jurídicos pelo qual o terceiro, estranho aos interesses das partes, tenta conciliar e, sucessivamente, decide a controvérsia"¹⁵.

39. Outro conceito pertinente esclarece que "a arbitragem é uma forma de composição extrajudicial dos conflitos, por alguns doutrinadores considerada um *equivalente jurisdicional*"¹⁶.

40. Impende ressaltar que a utilização da arbitragem está adstrita a direitos passíveis de serem transacionados, ou seja, direitos de índole patrimonial. Assim, não pode ser utilizada em matéria de Direito de família, Direito Penal, Falimentar e Previdenciário.

D.2 BREVES CONSIDERAÇÕES

41. Em síntese, conforme a doutrina dominante, arbitragem seria jurisdição privada autônoma, instituída por convenção entre pessoas capazes sobre direitos

¹³ SOIBELMAN, Leib. Enciclopédia Jurídica Eletrônica. Editores Lea Hasson Soibelman e Felix Soibelman. Rio de Janeiro: Elfez Edições. 2005. Cd-Rom

¹⁴ FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa *A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil* São Paulo: LTr, 1990, p. 31.

¹⁵ PINTO, José Augusto *Relatório sindical e coletivo do trabalho* São Paulo: LTr, 1998, p. 269.

¹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro *Curso de direito processual do trabalho* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 16

U 015

disponíveis, a terceiro designado por elas com a missão de elidir o conflito através de uma sentença arbitral irrecorrível.

42. Sob o pálio da Lei nº 9.307/96, somente se pode submeter ao juízo arbitral conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, como, por exemplo, questões comerciais e industriais de modo geral, questões condominiais e imobiliárias, questões pecuárias e agrárias, questões de trânsito de veículos automotores, questões do consumidor, questões de transporte, dentre outras. Isso se faz, na prática,

"mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral" (art.3, Lei nº 9.307/96).

"A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato" (art. 4, caput, Lei nº 9.307/96).

"O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial" (art. 9, caput, Lei nº 9.307/96).

43. Jurisprudências sobre a cláusula compromissória, sob o pálio da nova Lei nº 9.307/96 de Tribunais Superiores, são ainda escassas. O tema é recente sendo que o Brasil não possui tradição de arbitragem interna, tal como Inglaterra e Estados Unidos, encontrando-se poucos entendimentos dos tribunais pátrios. Destaca-se o entendimento jurisprudencial da Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, no processo nº 0254852-9, julgado por unanimidade em 03/06/1998.

"Ementa Técnica: ARBITRAGEM - COMPROMISSO ARBITRAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA - ART. 1211 DO CPC - A TEOR DOS ARTS. 4 E 9, DA LEI N.º 9.307/96, C/C OS ARTS. 267, VII E 301, IX DO CPC, A SIMPLES EXISTÊNCIA DE QUALQUER DAS FORMAS DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM ESTABELECIDAS PELA LEI Nº 9.307/96, CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA OU COMPROMISSO ARBITRAL, CONDUZ, DESDE QUE ALEGADA PELA PARTE CONTRÁRIA, A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, VISTO QUE NENHUM DOS CONTRATANTES, SEM A CONCORDÂNCIA DO OUTRO, PODERÁ ARREPENDER-SE DE OPÇÃO ANTERIOR, VOLUNTÁRIA E LIVREMENTE ESTABELECIDAS NO SENTIDO DE QUE EVENTUAIS CONFLITOS SEJAM DIRIMIDOS ATRAVÉS DO JUÍZO ARBITRAL. - EM TEMA DE JUÍZO ARBITRAL, MATÉRIA ESTRITAMENTE PROCESSUAL, E IRRELEVANTE QUE A ARBITRAGEM TENHA SIDO CONVENCIONADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 9.307/96, VISTO QUE, COMO SE DEPREENDE DO ART. 1211 DO CPC, A LEI TEM INCIDÊNCIA IMEDIATA, SENDO, DESTARTE, INTEIRAMENTE APLICÁVEL A EXECUÇÃO APRESENTADA EM JUÍZO NA VIGÊNCIA DA LEI NOVA."

44. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal julgou por unanimidade no agravo de instrumento nº 19990020016095AGI DF, registro do acórdão nº 121025 de 25/10/1999, da 1ª turma cível, cuja relatora foi a desembargadora Vera Andrighi.

Ementa técnica: JUÍZO ARBITRAL - CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA - HAVENDO CONVENÇÃO DAS PARTES PARA SOLUÇÃO DOS EVENTUAIS CONFLITOS ATRAVÉS DE ARBITRAGEM, E EM SENDO AS MESMAS CAPAZES E O DIREITO DISPONÍVEL, EXCLUI-SE A PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA SOLUÇÃO DE QUALQUER CONTROVÉRSIA. RECURSO PROVIDO.

45. Constata-se com total clareza que uma vez convencionada pelas partes a via arbitral, conforme as exigências formais, automaticamente afasta-se o envio da lide ao Judiciário.

46. Louvável é o entendimento dos Tribunais, pois se mesmo convencionada a arbitragem pelas partes, estas pudessem optar pela via Judiciário para compor o litígio, não haveria nenhuma valia a convenção de arbitragem.

47. Afora as conhecidas vantagens já enumeradas tais como celeridade, sigilo e tantas outras honrosas especificidades, destaca-se como a principal característica da nova lei a importância que ela confere à vontade das partes. A vontade das partes é soberana, desde a decisão de submeter o litígio ao juízo arbitral – seja na cláusula arbitral, seja no compromisso arbitral – como na eleição do árbitro – escolhido livremente por elas –, e mesmo na determinação do critério a ser utilizado pelo árbitro na decisão do conflito.

48. Constitui a nova lei, um ressurgimento da teoria da autonomia da vontade, segundo a qual o elemento volitivo é determinante da formação de acordos e da previsão de seus efeitos. A revitalização da arbitragem nessa nova lei vem a exemplificar, ao lado do fortalecimento dos contratos, o ressurgimento do império da vontade no âmbito da justiça, reflexo das idéias liberais que embasam a atuação política do Estado. Platão já afirmava que o tribunal escolhido e criado de comum acordo pelas próprias partes é o mais legítimo dos tribunais. Se conjugar esta idéia com a lição de Hugo de Brito Machado, que a arbitragem "é para os que sabem e podem ser livres", tem-se que a consolidação do instituto arbitral demonstra a evolução e amadurecimento dos agentes econômicos.

49. Vem, portanto, a arbitragem, a reconhecer a oficialização das idéias liberais, mostrar sua face jurídica. Parece ser supostamente a arbitragem, nesse contexto, a "privatização da justiça", entretanto, debater-se-á este tema em capítulo específico.

50. Dentre as inúmeras características da arbitragem, seis apresentam-se como didaticamente hábeis a proporcionar uma leitura do instituto em comento. São elas: a celeridade, a informalidade do procedimento; a confiabilidade; a especialidade; a confidencialidade ou sigilo e a flexibilidade.

51. Quanto à celeridade e à informalidade do procedimento é suficiente consignar que a solução dos conflitos é fundada precipuamente na "completa ausência de previsão expressa de possibilidade de interposição de recursos"¹⁷, e também na "ausência de formas solenes, como as exigidas no processo comum"¹⁸.

52. A confiabilidade, por evidente, refere-se à possibilidade de as próprias partes escolherem "o árbitro, tribunal arbitral ou instituição de arbitragem que solucionará o conflito. Essa faculdade confere maior neutralidade ao julgador e, conseqüentemente, maior segurança das partes quanto a sua imparcialidade e confiabilidade, diferente do que ocorre no Judiciário, onde a lide é solucionada pelo juiz a quem for distribuída, que não necessariamente possui a confiança das partes"¹⁹.

53. Relativamente à especialidade do árbitro, que na seara trabalhista não encontra eco, porquanto a Justiça do Trabalho é uma justiça especializada na matéria de sua competência, tem a sua relevância quando se apresenta um caso que exige conhecimentos específicos de medicina e engenharia, por exemplo. Isso, com efeito, dispensa a figura do perito na justiça tradicional, o que pode, em tese, significar uma redução de custo do "processo".

54. Se por um lado exige-se da justiça pública a publicidade dos seus atos (art. 5º, LX, da Constituição Federal), na justiça privada faz-se presente o caráter sigiloso, confidencial do deslinde do conflito de interesses.

55. Por último a característica atinente à flexibilidade quanto ao modo de arbitragem pelo qual o conflito será solucionado, que poderá, a teor do disposto no art. 2º da Lei nº 9.307/96, ser de direito ou de equidade.

A LEI DE ARBITRAGEM E O PODER PÚBLICO.

56. A utilização da arbitragem para a solução de conflitos envolvendo entidades da Administração Pública foi inserida pela primeira vez no art. 55 da Lei nº 8.666/93, que previu

¹⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. VA arbitragem na área trabalhista: visão didática in: Jus Navigandi, nº 51. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2094> [capturado em 12.out.2001]

¹⁸ MORGADO, Isabele Jacob A arbitragem nos conflitos de trabalho São Paulo: LTr, 1998, p. 39

¹⁹ Op. Cti. P. 40

a possibilidade de se inserir cláusula compromissória em contratos referentes às licitações internacionais para aquisição de bens e serviços financiados por empréstimos obtidos no exterior²⁰.

57. À época, a doutrina tradicional não admitia a aplicação da arbitragem nos contratos celebrados entre a Administração Pública e o particular, sob o argumento principal da inexistência de uma lei específica, e que o administrador público só poderia fazer o que a lei autoriza, vinculado que está ao princípio da legalidade.

58. Contudo, a partir de 1996, promulgadas as leis de concessões e de arbitragem, se operou a mutação no posicionamento da doutrina, da jurisprudência e do próprio TCU, que passaram a reconhecer a arbitrabilidade de questões decorrentes de contratos administrativos²¹.

59. Neste sentido, é simbólico o pronunciamento da Ministra Nancy Andrighy, no Mandado de Segurança 1998002003066-9, j. em 18-5-99, ao proclamar que: "pelo artigo 54 da Lei 8666/1993, os contratos administrativos regem-se pelas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios do direito privado, o que vem reforçar a possibilidade de adoção do juízo arbitral para dirimir questões contratuais".

60. Nesta esteira de entendimento, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello²²:
Como se vê, existem Interesses da Administração Pública que são indisponíveis, quais sejam, todos aqueles que dizem respeito ao atendimento imediato do interesse público (interesse primário), e, por outro lado, Interesses disponíveis da Administração Pública (interesse secundário), que se dá com atos de simples gestão patrimonial, em que o Estado se equipara ao particular, discutindo matéria pertinente a direito disponível, onde se aplicaria a arbitragem.
Pedro Batista Martins, Selma M. Ferreira Lemes e Carlos Alberto Carmona sintetizam a tese dominante na doutrina, recorrendo às lições do administrativista Bleisa, aduzindo que "a sentença arbitral nunca poderia versar sobre matéria de 'poder' de autoridade e vigilância, mas poderia se manifestar sobre questões pactuadas", reproduzindo, na sua obra a pertinente indagação de Bleisa: "qual é o princípio que se oporia a que o preço de um serviço prestado ao Estado ou o valor de uma indenização fosse fixado por árbitros?"²³

61. Dessa forma, nos contratos celebrados pela Administração Pública regidos pelo direito privado é perfeitamente cabível a instituição da arbitragem para a solução de conflitos envolvendo a Administração Pública.

62. Nesse sentido, vale destacar a decisão proferida no Agravo Regimental no Mandado de Segurança 2005/0212763-0 (Relator Ministro LUIZ FUX, publicado no DJ 14.08.2006 p. 251):

(...) 8. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

9. Nesta esteira, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

10. Nestes termos, as sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.

11. Destarte, é assente na doutrina que "Ao optar pela arbitragem o contratante

²⁰ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) § 2.º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6.º do art. 32 desta lei.

²¹ MORAES, Luiza Rangel. Publicado na RARB 2/73

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores, 13ª edição, p. 32 e 33.

²³ Pedro A. Batista Martins, Selma M. Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem* Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.193 et seq.

Handwritten signatures and initials, including a large 'X' and the number '8'.

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 correta da Justiça." (grifou-se) (In artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", de autoria dos professores Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, página 418.)

12. Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais"

13. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e Al. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 - "Caso Lage". Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDf, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrighi, DJ 18.08.1999.

14. Assim, é impossível desconsiderar a vigência da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC, que se aplicam inteiramente à matéria sub judice, afastando definitivamente a jurisdição estatal no caso dos autos, sob pena de violação ao princípio do juízo natural (artigo 5º, LI da Constituição Federal de 1988).

15. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem. Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003:

16. Deveras, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência. (...) (grifou-se)

63. Verifica-se, desse modo, que a mediação, conciliação e arbitragem não são mecanismos totalmente alheios ao aparato estatal. Ao contrário, são instrumentos que, observados seus aspectos essenciais, entre os quais a autonomia da vontade das partes, a disponibilidade do interesse envolvido e a definitividade da sentença, podem ser perfeitamente utilizados pela Administração em prol da concretização do princípio da eficiência.

A ARBITRAGEM PROMOVIDA POR ENTE PÚBLICO.

64. Fenômeno mais recente é a competência para mediar, conciliar e arbitrar conflitos, atribuída a Agências Reguladoras, envolvendo agentes do setor regulado. Temos, como exemplo, a ANATEL (Lei nº 9.472/1997), a ANP (Lei nº 9.478/97), a ANTAQ e a ANTT (Lei nº 10.233/2001), e, por último, a PREVIC (Lei nº 12.154/2009). Neste caso, há remissão expressa à Lei nº 9.307/96, o que ensejou a elaboração do presente estudo.

65. De acordo com Luiz Ricardo Trindade Barcellar²⁴:

A atribuição de competência para dirimir conflitos pelo legislador às agências reguladoras decorre da absoluta inviabilidade de impor a todo o Poder Judiciário um aprofundamento e especialização em setores de alta complexidade, para atender a um pequeno número de demandas, sendo bem mais lógicos, simples e menos oneroso remeter as partes a um sistema paralelo de solução de conflitos onde a função decisória é exercida por quem dispõe da formação setorial adequada.

66. Ocorre que os procedimentos ditos arbitrais utilizados por algumas Agências Reguladoras tem sido alvo de críticas ferrenhas por determinados juristas, sob o argumento principal de desvirtuação do instituto da arbitragem previsto na Lei nº 9.307/96, atribuindo uma natureza eminentemente administrativa às decisões em tais arbitragens.

²⁴ Solução de controvérsias pelas Agências Reguladoras. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 59.

9

67. Em artigo assinado pela Professora Ada Pellegrini²⁵, a autora defende que "não há dúvidas quanto à natureza meramente administrativa das decisões proferidas em tais 'arbitragens'".

68. Dinorá Grotti²⁶ destaca que a impropriedade da utilização do termo deve-se a vários fatores, partindo-se como objeto de estudo, o procedimento adotado pela ANATEL:

É relevante destacar que, apesar da utilização (imprópria, aliás) do termo arbitragem, trata-se apenas de um procedimento para a solução de litígios na esfera administrativa. Corrobora esse entendimento a circunstância de que, por meio desse procedimento, a arbitragem 'é feita pela Comissão de arbitragem composta por três membros nomeados pelo Presidente da Anatel' (art. 2.º, Anexo III, do Regulamento Geral de Interconexão). Seu desenrolar não é sigiloso (art. 5.º). Podem dele participar aqueles que, sem estar diretamente envolvidos no acordo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada (art. 8.º, II). É dever das prestadoras oferecer todas as informações necessárias para a arbitragem de conflitos de Interconexão (art. 7.º). A decisão da Comissão está sujeita a recurso ao Conselho Diretor (art. 20), podendo ainda ser objeto de um pedido de reconsideração (art. 24). A seu turno, o art. 26 do Anexo III da Resolução 410/2005, estabelece que 'em comum acordo, as partes podem desenvolver processo de arbitragem próprio, encaminhando o resultado para avaliação e homologação da Anatel. (grifos nossos)

69. Outras críticas formuladas dizem respeito à possibilidade de recursos administrativos no próprio seio da entidade pública, e à ausência de independência das decisões, convergindo para a possibilidade de controle amplo de tais decisões pelo Poder Judiciário.

70. Luiza Rangel de Moraes²⁷, por sua vez, analisando a Comissão de Arbitragem das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo criada por Regulamento Conjunto entre a Aneel, a Anatel e a ANP, assim tratou do tema:

A Aneel, a Anatel e a ANP editaram um Regulamento Conjunto para a solução dos conflitos decorrentes do compartilhamento de infra-estrutura entre os agentes dos respectivos setores, através de um procedimento de arbitragem, regulamentado pela Resolução Conjunta 2, de 27.03.2001.

Para tanto, criou-se uma Comissão de Arbitragem das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, composta por cinco árbitros, sendo dois representantes da agência requerente, outros dois da agência requerida e um representante da Agência Reguladora do setor não envolvido no conflito. A peculiaridade do procedimento é sua natureza pública, correndo em sigilo em caso de risco para a segurança nacional. O procedimento arbitral, todavia, não suspende a execução dos contratos vigentes, nem permite a interrupção dos serviços outorgados pelo Poder Público.

A decisão da Comissão vinculará as partes e seus representantes, não cabendo dela nenhum recurso na esfera administrativa (art. 35), sendo que o descumprimento de decisão da Comissão constitui infração e será passível de sanção administrativa (art. 36 da Resolução Conjunta).

Não se poderia afirmar que se configura, aqui, autêntico procedimento arbitral, por faltar-lhe, ao menos, dois dos seus elementos básicos: a voluntariedade das partes em aderir a este regime de solução extrajudicial de conflitos e a regência do procedimento pelos princípios e normas da Lei de Arbitragem. (grifou-se)

71. A citada autora assinala ainda que "devem, portanto, ser cuidadosamente examinados os dispositivos legais e regulamentares que se referem à arbitragem para designar tal composição administrativa de conflitos, levada a efeito pelas Agências Reguladoras, que não siga o procedimento regulado pela Lei nº 9.307/96".

72. Dentro deste prisma, vale destacar a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, em que se analisou o procedimento de arbitragem realizado pela Anatel. Na decisão, o STJ expressamente o trata como "arbitragem administrativa", *in verbis*:

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Revista de Mediação e Arbitragem*, nº 18/301.

²⁶ GROTI, Dinorá. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT*. Belo Horizonte 2/117, jan.-jul.2007.

²⁷ Op. Cit.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 267, § 3º, DO CPC. INOCORRÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TELECOMUNICAÇÕES. INTERCONEXÃO. VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VUM). DIVERSAS ARBITRAGENS ADMINISTRATIVAS LEVADAS A CABO PELA ANATEL. DECISÃO ARBITRAL PROFERIDA EM CONFLITO ENTRE PARTES DIFERENTES, MAS COM O MESMO OBJETO. MATÉRIA DE ALTO GRAU DE DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA. EXTENSÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA ÀS HIPÓTESES QUE ENVOLVEM OUTRAS OPERADORAS DE TELEFONIA. DEVER DO JUDICIÁRIO. PRINCÍPIOS DA DEFERÊNCIA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA, DA EFICIÊNCIA E DA ISONOMIA. EVITAÇÃO DE DISTORÇÕES CONCORRENCIAIS. REVISÃO DA EXTENSÃO DA LIMINAR DEFERIDA NO PRESENTE CASO.

73. Desta feita, conclui-se que os procedimentos até então adotados pelas Agências Reguladoras acabaram por se distanciar do instituto da arbitragem previsto na Lei nº 9.307/96, em razão da adoção, em demasia, dos princípios norteadores e institutos da Administração Pública.

74. Assim, tais entes optaram pela adoção de um modelo de solução de conflitos na esfera administrativa, podendo, por consequência, tais decisões serem revistas pelo Poder Judiciário, subtraindo a principal razão de ser do instituto da arbitragem.

75. A finalidade do presente Grupo de Trabalho, portanto, consiste na apresentação de um modelo de procedimento de conciliação, mediação e arbitragem, promovido por entes públicos, que preserve os efeitos da Lei nº 9.307/96, em especial a definitividade da sentença, sem prejuízo da utilização do procedimento arbitral já adotado atualmente pelas Agências Reguladoras mencionadas.

PROPOSTA DO GRUPO DE TRABALHO.

76. *Ab initio*, algumas premissas devem ser lançadas e discutidas, a fim de que se busque a adoção de um modelo viável, que atenda aos particulares e ao ente público, na solução dos conflitos, em conformidade com a Lei de Arbitragem, dotando as decisões arbitrais dos mesmos efeitos por ela previstos.

77. Conforme já assinalado, algumas leis já prevêm a competência para realização de conciliação, mediação e arbitragem por órgãos e entidades públicas. Segundo José dos Santos Carvalho Filho²⁸ a competência é "o círculo definido por lei dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente sua atividade". E continua²⁹:

Sendo a função administrativa subjacente à lei, é nesta que se encontra, de regra, a fonte da competência administrativa. (...) Mas a lei não é a fonte exclusiva da competência administrativa. Para órgãos e agentes de elevada hierarquia, ou de finalidades específicas, pode a fonte da competência situar-se da própria Constituição. Em relação a órgãos de menor hierarquia, pode a competência derivar de normas expressas de atos administrativos de organização. Nesse caso, serão tais atos editados por órgãos cuja competência decorre de lei.

78. A discussão que inicialmente se impõe é se os atos produzidos no exercício dessa competência se enquadram melhor entre os "atos administrativos" ou entre os "atos da administração", atos de natureza privada promovidos pela Administração. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho³⁰:

(...) há regras e princípios jurídicos específicos para os atos administrativos que não incidem sobre atos privados, e isso porque aqueles se qualificam como atos de Poder, e, como tais, devem ser dotados de certas prerrogativas especiais. É o caso, para exemplificar, das normas que contemplam requisitos de validade dos atos administrativos, ou os princípios da legalidade estrita, da autoexecutoriedade e da presunção de legitimidade dos mesmos atos.

79. Da mesma forma, sustenta Hely Lopes Meirelles³¹:

²⁸ Manual de Direito Administrativo. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 115.

²⁹ Op. Cit. pp. 116-117.

³⁰ Op. cit. p. 111.

³¹ Direito Administrativo Brasileiro. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 150.

Condição primeira para o surgimento do ato administrativo é que a Administração aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público, visto que algumas vezes nivela-se ao particular e o ato perde a característica administrativa, igualando-se ao ato jurídico privado (...).

80. E, mais à frente, continua³²:

A doutrina abona essa conduta e a jurisprudência já a tem consagrado em repetidas decisões, no teor desse acórdão do STF: 'Quando o Estado pratica atos jurídicos regulados pelo direito civil (ou comercial), coloca-se no plano dos particulares' (...). Observamos, todavia, que mesmo nesses atos ou contratos o Poder Público não se libera das exigências administrativas que devem anteceder o negócio jurídico almejado, tais como autorização legislativa, avaliação, licitação etc. (...). (grifou-se).

81. Considerando, assim, que na atividade em questão o Estado não exerce qualquer tipo de supremacia, submetendo-se em tudo às disposições do regramento civil constante da Lei nº 9.307/1996, deve-se reconhecer que estamos diante de ato da administração, mas não de ato administrativo em sentido estrito. Trata-se, portanto, de ato de conteúdo privado, limitado apenas em alguns aspectos pelos princípios de direito público previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, como ocorre em toda atividade administrativa.

82. Outra discussão de relevo no âmbito do Grupo de Trabalho refere-se ao enquadramento dessa atividade como espécie de serviço público ou não. Quanto a esse aspecto, Celso Antônio Bandeira de Mello³³ sustenta que serviços públicos são aqueles consistentes no oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades singularmente fruíveis pelos administrados, mas que o Estado assume como próprias por serem correspondentes a necessidades básicas da sociedade. Segundo o doutrinador³⁴:

(...) se assim não fosse, é bem ver que o serviço público não seria público, não seria voltado para satisfazer a coletividade, mas apenas a interesses privados. Este traço – de estar voltado a preencher necessidades do público em geral – reside na própria origem da noção. Se não fora pela relevância para o todo social, o Estado não teria porque assumir tal atividade.

83. Como decorrência, sustenta o autor, a noção de serviço público pressupõe sua subsunção ao regime de Direito Público, impondo ao Estado, inclusive, o dever inescusável de promover-lhe a prestação³⁵. Logo, tratando-se de atividade submetida a regime de direito privado, não há como reconhecer-lhe esse caráter.

84. Tampouco se trata de exploração de atividade econômica em seu sentido estrito, visto que não exercido com o objetivo imediato de intervir no domínio econômico, por imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173, *caput*, CF/88). Se o fosse, registre-se, deveria tê-lo feito através de empresa pública ou sociedade de economia mista.

85. Como reconhece Celso Antônio³⁶, existem determinados tipos de serviços que não se enquadram em nenhuma das hipóteses assinaladas:

Entre os dois extremos (...) é que existe a margem legal para definir os restantes serviços públicos. Desde que não seja afrontada a orientação constitucional indicada, e o sentido corrente da locução 'atividade econômica', o legislador poderá criar outros serviços públicos. Fica visto, pois, que existem certos serviços que podem ser nominados de serviços governamentais, isto é, os que correspondem à exploração de atividade econômica pelo Estado [em sentido amplo], em concorrência com os particulares ou sob regime de monopólio, mas que são perfeitamente inconfundíveis com os serviços públicos.

86. Também Marçal Justen Filho³⁷ reconhece a existência dessa espécie de

³² Op. cit. p. 156.

³³ *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 668.

³⁴ Op. cit. p. 669.

³⁵ Op. cit. pp. 669 e 672.

³⁶ Op. cit. p. 689.

³⁷ *Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 576.

serviço, ao atestar que "Excluídos os dois campos – aquilo que é obrigatoriamente serviço público e aquilo que não pode ser serviço público -, existe a possibilidade de o legislador infraconstitucional determinar outras atividades como tais, respeitados os princípios constitucionais."

87. Paulo Modesto igualmente atesta a possibilidade de existência de atividades estatais que não se enquadram nem no conceito de serviço público, nem no de atividade econômica em sentido estrito, atribuindo-lhes a denominação de "serviços de relevância pública"³⁸.

88. Apesar de se tratar de atividade de cunho eminentemente privado, no entanto, entendemos que isso não exclui a possibilidade de se prever uma espécie de juízo de admissibilidade, adotando-se, por exemplo, os critérios do artigo 543-A do Código de Processo Civil. Isso evitaria o surgimento de críticas em razão da utilização de recursos públicos e do aparelho estatal apenas para a solução de conflitos estritamente privados, sem nenhuma relevância econômica, política, social ou jurídica. Nesse caso, portanto, o Estado estaria utilizando instrumentos de natureza privada, mas com finalidade pública, em sintonia com as competências do ente estabelecidas pela legislação.

89. Independentemente na natureza da atividade exercida, é certo que a Administração Pública não pode se afastar dos princípios insertos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, quais sejam: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. É o que observa Celso Antônio Bandeira de Mello³⁹, ao cuidar do regime jurídico das empresas estatais:

(...) quaisquer empresas públicas e sociedades de economia mista – sejam exploradoras de atividade econômica ou sejam prestadoras de serviços públicos (ou responsáveis por obras públicas ou outras atividades públicas) – por força da própria Constituição, vêem-se colhidas por normas ali residentes que impedem a perfeita simetria de regime jurídico entre elas e a generalidade dos sujeitos de Direito Privado.

90. Assim, conclui, "O artigo 37, *caput*, declara submissas aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência a Administração direta, indireta ou fundacional, em todas as esferas e níveis de governo"⁴⁰ (grifou-se).

91. Dessa forma, cumpre à Administração Pública selecionar, dentre as opções oferecidas pela Lei nº 9.307/96, aquelas que mais se adequam a sua forma de funcionamento. Por essa razão, recomenda-se a utilização apenas da arbitragem de direito, sem restrição da aplicação da legislação vigente, como permite o artigo 2º da Lei nº 9.307/1996. Trata-se, portanto, de arbitragem institucional, a qual deve ser instituída e processada apenas segundo as regras do órgão arbitral, nos termos do artigo 5º da Lei de Arbitragem.

92. Considerando que a arbitragem somente pode versar sobre direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, Lei nº 9.307/1996), não se pode admitir também a instituição de arbitragem sobre fatos que possam ensejar o exercício do poder de polícia.⁴¹ Embora, nesses casos, exista a possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, a arbitragem efetuada pelo próprio ente fiscalizador poderia colocar em cheque o princípio da imparcialidade do órgão arbitral, estabelecido no artigo 13, § 6º, da Lei nº 9.307/96.

93. É desejável, por outro lado, que a arbitragem seja realizada por procuradores federais. Já se disse que, embora não haja interesse direto da autarquia, é recomendável que o assunto em debate tenha alguma relevância para o sistema regulado. Desse modo, considerando que os procuradores federais somente se submetem tecnicamente à

³⁸ Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas, in *Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Neto*, org. Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Vilela Souto, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1.033.

³⁹ Op. cit. p. 201.

⁴⁰ Op. cit. p. 201.

⁴¹ Como sustenta Luiz Ricardo Trindade Barcelar (op. cit. p. 67), "o poder de polícia desempenhado pelo administrador não se confunde com a função de composição de interesses desempenhada pelas agências reguladoras."

Procuradoria-Geral Federal e à Advocacia-Geral da União (art. 38, § 1º, MP nº 2229-43/2001, e art. 11, § 2º, inciso II, Lei nº 10.480/2002), isto poderia reforçar a independência na análise das matérias submetidas à Comissão.

94. Isso não impede, evidentemente, a designação de servidores da própria autarquia para auxiliarem no desempenho dessa atividade, inclusive nas atividades de mediação e conciliação. Antes tal auxílio é desejável, considerando a competência e o conhecimento especializado dos servidores nas matérias em exame. É recomendável, todavia, que isso ocorra por meio de sorteio ou outro critério objetivo, preservando ao máximo a sua imparcialidade.

95. Embora seja desejável, ainda, que o órgão arbitral seja composto por três ou mais integrantes, a falta de recursos humanos pode impossibilitar a escolha por essa opção. Pelo mesmo motivo, embora seja recomendável que essa escolha ocorra por meio de sorteio ou outro critério objetivo, é possível a designação de árbitro *ad hoc* quando não houver número suficiente de servidores habilitados para esse tipo de atividade. Nesse caso, a previsão de ao menos uma recusa imotivada por cada uma das partes pode ser um importante mecanismo para fortalecimento do princípio da independência dos árbitros, aliada à aplicação das causas de suspeição e impedimento do Código de Processo Civil.

96. Outra questão controvertida, debatida pelo Grupo de Trabalho, refere-se ao pagamento de honorários e de despesas com a arbitragem, expressamente previstas no artigo 11, incisos V e VI, da Lei de Arbitragem. A lei expressamente distingue a remuneração devida ao árbitro daquela destinada ao custeio das despesas. Recomenda-se, no entanto, a não remuneração dos árbitros, mas apenas cobrança de tarifa destinada a cobrir os custos com a arbitragem.

97. Como esclarece José dos Santos Carvalho Filho⁴²:

Os serviços facultativos são remunerados por tarifa, que é caracterizada como preço público. Aqui o pagamento é devido pela efetiva utilização do serviço, e dele poderá o particular não mais se utilizar se o quiser. (grifou-se)

98. Roque Antônio Carrazza⁴³, distinguindo as taxas das tarifas, pontifica:

De feito, enquanto os preços (tarifas) são regidos pelo direito privado, as taxas obedecem ao regime jurídico público. Nelas não há relação contratual, mas relação jurídica de conteúdo manifestamente publicístico. Noutras palavras, o preço deriva de um contrato firmado, num clima de liberdade, pelas partes, com o fito de criarem direitos e deveres recíprocos.

99. Reconhecendo-se, portanto, que a atividade em questão não se trata de serviço público, e que se submete a regime eminentemente privado, conforme anteriormente sustentado, dúvida não pode haver que os valores cobrados têm a natureza jurídica de tarifa. Registre-se, ainda, que tais recursos deverão ser revertidos à autarquia, para se ressarcir das despesas efetuadas com a atividade – evitando-se, inclusive, críticas quanto à utilização de recursos públicos para a solução de contendas privadas no âmbito do Poder Executivo.

100. Um último aspecto polêmico debatido pelo Grupo de Trabalho refere-se à compatibilidade entre o princípio da publicidade e a discrição exigida do árbitro pela Lei de Arbitragem (art. 13, § 6º).

101. Sobre esse aspecto, esclarece Selma Ferreira Lemes⁴⁴:

É de conhecimento corrente que a privacidade e o sigilo (confidencialidade) são atributos desejáveis na arbitragem. A privacidade está relacionada com o local em que a arbitragem é processada e quanto à matéria discutida, no sentido de não permitir a

⁴² Op. cit. p. 368.

⁴³ Curso de Direito Constitucional Tributário. 24ª ed. 2008, p. 533.

⁴⁴ Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos: Arbitrabilidade Objetiva, Confidencialidade ou Publicidade Processual? Disponível em: <http://www.cacb.org.br/mediacao_arbitragem/artigos/Arbitragem%20nas%20Concess%20es%20de%20Servi%20os%20P%20blicos%20-%20Por%20Selma%20Lemes.pdf> Acesso em: 08.09.2010.

presença de pessoas estranhas nas audiências. Por sua vez, o sigilo (confidencialidade), refere-se à sentença arbitral e aos documentos apresentados no processo, vinculando as pessoas que gerenciaram o processo, os árbitros, procuradores e até as partes. (...)

No âmbito estritamente privado estas questões devem estar dispostas pelas partes nos contratos firmados ou em documentos apartados ou, ainda, nos regulamentos das instituições arbitrais para não prejudicar o interesse das partes, pois não há previsão a respeito na lei brasileira, a não ser a discrição exigida do árbitro (art. 13 § 6º). É de ser notado, contudo, que geralmente os Regulamentos das Instituições Arbitrais dispõem a respeito. Também ressaltamos que em razão do cunho científico que as sentenças arbitrais encerram, no sentido de instituir a jurisprudência arbitral brasileira, é de todo conveniente a possibilidade de reproduzir e divulgar o teor as decisões arbitrais preservando a identidade das partes, tal como é verificado nos ementários de instituições arbitrais internacionais (...) e publicadas em compêndios e revistas especializadas (...).

Nas questões que digam respeito à Administração a privacidade e o sigilo (ou confidencialidade), em muitos casos, deverão ser afastados ou mitigados. É o que já se observa nos casos submetidos ao CIRDI no âmbito do Banco Mundial, em que as partes são, de um lado o Estado receptor do capital e, do outro lado, o investidor particular estrangeiro.

102. Assim, ante a falta de outros parâmetros legais específicos, decidiu-se recomendar a adoção dos critérios previstos no Decreto nº 4.553, de 2002, prevendo-se a decretação de sigilo apenas para resguardar a vida privada, a honra ou imagem das pessoas, ou ainda quando puder trazer algum risco para a sociedade ou o Estado (art. 5º, §§ 3º e 4º).

103. Inobstante, haja vista a falta de obrigatoriedade de publicação da sentença arbitral, que gera apenas efeitos entre as partes, sugere-se seja prevista apenas a possibilidade de publicação de extrato ou ementário das decisões proferidas, sem a identificação das partes envolvidas, permitindo-se, assim, a divulgação do trabalho desenvolvido pelo órgão arbitral⁴⁵. Impõe-se, contudo, que tal circunstância esteja prevista expressamente na norma que regulamentar o funcionamento do órgão, permitindo que as partes tenham conhecimento prévio do nível de publicidade a que podem estar expostas.

104. Diante o exposto, observadas, pois, todas as considerações feitas ao longo desse trabalho, e preservando-se as características essenciais da arbitragem, acredita-se ser possível a implementação de mais um instrumento eficaz para que as entidades públicas atinjam seus fins institucionais.

PREVIC - ANÁLISE DE CASO CONCRETO.

105. No curso do trabalho desenvolvido por este GT, a PREVIC abriu consulta pública (Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/previc.php>), submetendo às críticas e sugestões da sociedade a proposta de regulamento de Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem que segue anexa a esta nota.

106. Segue, abaixo, imagem que retrata a estrutura da Comissão permanente que será instituída e o fluxograma sintético do procedimento que será adotado no âmbito da PREVIC, facilitando a visualização de um dos modelos possível de ser adotado pelas autarquias que o desejarem:

⁴⁵ Nesse sentido, também a sugestão de Luiz Ricardo Trindade Barcelar, op. cit. p. 153.

Chefes das Procuradorias Federais junto aos Órgãos Reguladores, que tem por objetivo realizar estudos sobre negociação e arbitragem no âmbito dos órgãos reguladores federais, bem como propor a regulamentação da atuação de câmaras de arbitramento, na forma da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, no âmbito das Procuradorias Federais integrantes do Fórum. O GT é supervisionado pela Adjutoria de Consultoria da PGF.

108. A consulta esteve aberta entre os dias 20 de setembro e 29 de outubro de 2009, recebendo contribuições de especialistas, cidadãos e entidades representativas. A audiência pública, realizada no dia 29 de outubro, contou também com expressiva participação do setor, que contribuiu significativamente para o debate e aprimoramento do instrumento instituído pela lei.

109. Ressalta-se, por oportuno, que todas as considerações foram analisadas e debatidas cuidadosamente no âmbito da Previc com a colaboração do Coordenar do Grupo de Trabalho, cabendo-se ainda destacar, que algumas propostas não foram acatadas por se considerar incorporadas, de alguma forma, ao texto do Regulamento, ou por se considerar que a redação original era a mais adequada aos termos da Lei nº 12.154, de 2009, e da Lei nº 9.307, de 1996.

110. Aponto ainda, que todas as discussões pontuais, ponderações e justificativas foram consignadas por meio da Nota nº 51/2010/CGCG/PF/PREVIC, em anexo.

111. Destarte, após exaustivo trabalho de viabilidade jurídica da adoção do instituto da mediação, conciliação e, notadamente, arbitragem, chegou-se a um modelo de regulamento que se adéqua aos anseios da Autarquia, cidadãos e entidades representativas, norteando-se pelos princípios básicos esculpidos do art. 37 da Constituição da República, e pelos excertos da Lei nº 9.307/96.

112. Por fim, destaco que o Regulamento de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Previc foi aprovado em 09 de novembro do corrente ano, por unanimidade, em sessão do colegiado da autarquia.

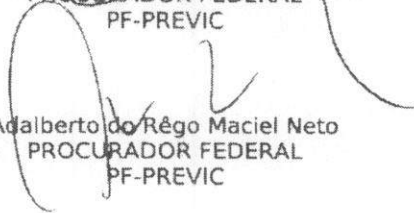
113. Segundo as próprias palavras do Procurador-Chefe da PF-PREVIC, "O texto aprovado é resultado de estudos que vinham sendo realizados desde 2008 e dos trabalhos da Procuradoria Federal junto à Previc, com importantíssima participação do Fórum de Procuradores-Chefes dos Órgãos Reguladores, que constituiu grupo de trabalho sob a coordenação da Adjutoria de Consultoria da PGF, tendo a minuta sido submetida, ainda, a consulta e audiência públicas".

São essas as observações e conclusões que submetemos à consideração superior.

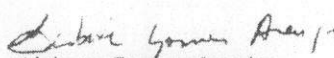
Brasília-DF, 10 de novembro de 2010.

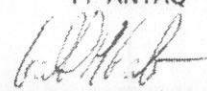

Bruno Andrade Costa
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR DO GRUPO DE TRABALHO
ADCONS/PGF


Danilo Ribeiro Miranda Martins
PROCURADOR FEDERAL
PF-PREVIC


Adalberto do Rêgo Maciel Neto
PROCURADOR FEDERAL
PF-PREVIC

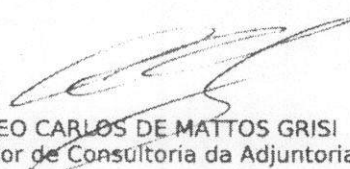

Ivan Jorge Bechara Filho
PROCURADOR-CHEFE
PF-PREVIC


Lisbete Gomes Araujo
PROCURADORA FEDERAL
PF-ANTAQ


Gabriel de Mello Galvão
PROCURADOR-CHEFE
PF-ANAC

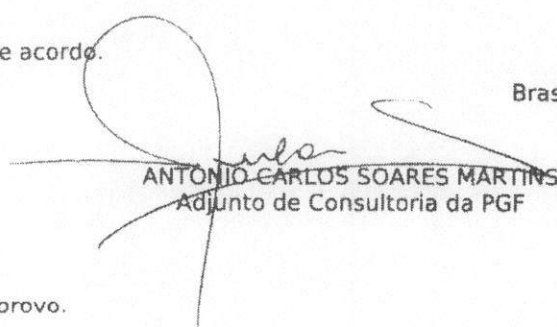
De acordo.

Brasília, 17 de novembro de 2010.


LEO CARLOS DE MATTOS GRISI
Coordenador de Consultoria da Adjuntoria da PGF

De acordo.

Brasília, 22 de novembro de 2010.


ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS
Adjunto de Consultoria da PGF

Aprovo.

Brasília, 23 de novembro de 2010.


MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

ANEXO I

REGULAMENTO DE MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA PREVIC

CAPÍTULO I

DA COMPETÊNCIA E DA COMPOSIÇÃO

Art. 1º A Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Previc – CMCA tem a competência de promover a mediação e a conciliação entre entidades fechadas de previdência complementar e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores, bem como dirimir os litígios que lhe forem submetidos na forma da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 1º O exercício das competências a que se refere o **caput** não constitui poder de polícia.

§ 2º A arbitragem de que trata este regulamento será de direito, aplicando-se a legislação vigente, sem restrições, e somente poderá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

§ 3º Poderão ser submetidos à CMCA, nos termos deste regulamento, os litígios que envolvam interesses patrimoniais disponíveis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de entidades fechadas de previdência complementar.

Art. 2º A CMCA possui a seguinte composição:

I – o presidente, que será o procurador-chefe ou outro advogado público, em exercício na Procuradoria Federal junto à Previc, que venha a ser designado pelo procurador-chefe;

II – os conciliadores, selecionados dentre os servidores em exercício na Secretaria-Executiva da Comissão, na forma prevista neste regulamento;

III – os experts, escolhidos entre os servidores em exercício nas Diretorias da Previc, indicados pelos respectivos Diretores, na forma prevista neste regulamento; e

IV – os árbitros, selecionados dentre os advogados públicos em exercício na Procuradoria Federal junto à Previc, na forma prevista neste regulamento.

§ 1º No exercício da competência de que trata este regulamento, a CMCA contará com o suporte logístico e administrativo da Coordenação-Geral de Apoio à Diretoria Colegiada da Previc, que funcionará como sua Secretaria-Executiva.

§ 2º Os serviços a que se refere este regulamento serão considerados serviços relevantes e não remunerados, exercidos sem prejuízo das atribuições do cargo.

§ 3º Os serviços a que se refere este regulamento devem ser computados na carga semanal de trabalho dos servidores.

CAPÍTULO II

DOS PRINCÍPIOS

Art. 3º O procedimento de que trata este regulamento será orientado pelos princípios da igualdade entre as partes, da imparcialidade dos integrantes da CMCA, da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade, privilegiando, sempre que possível, a busca de uma solução consensual.

Parágrafo único. Em caso de instituição de arbitragem, serão observados também os princípios do contraditório, da ampla defesa e do livre convencimento do árbitro.

Art. 4º As partes que se submeterem à CMCA deverão:

I – observar este regulamento e proceder com lealdade e boa-fé em todos os atos do procedimento;

II – expor os fatos conforme a verdade;

III – não formular pretensões nem alegar defesa cientes de que são destituídas de fundamento; e

IV – não produzir provas nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito.

§ 1º Poderá ser imposta à parte que violar o disposto neste artigo multa em montante a ser fixado pelo árbitro na sentença arbitral, de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor envolvido na controvérsia, a qual reverterá em benefício da outra parte,

§ 2º Nos casos em que não se discutam valores líquidos, poderá o árbitro fixar, a título de multa, respeitando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, quantia estimada a partir do direito que estiver sendo pleiteado.

CAPÍTULO III

DA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO

Art. 5º O procedimento será iniciado por provocação das pessoas indicadas no art. 1º, mediante requerimento protocolado na Secretaria-Executiva da CMCA.

§ 1º O requerimento será datado e assinado pelas partes envolvidas no litígio e contará com uma breve descrição dos fatos e do objeto controvertido, acompanhado dos seguintes documentos, conforme o caso:

I – cópia da carteira de identidade e do CPF da pessoa física ou do representante da pessoa jurídica;

II – cópias do registro no CNPJ, do estatuto, da ata de eleição da diretoria e das procurações necessárias;

III – cópia do contrato ou do documento onde conste a cláusula compromissória, quando for o caso;

IV – cópias dos documentos necessários ao completo entendimento da controvérsia; e

V – declaração dos interessados a respeito da existência de eventual procedimento ou processo em trâmite ou que tenha tramitado na Previc sobre o objeto da controvérsia.

§ 2º Somente poderão instaurar o procedimento, em nome de seus representados, as associações que estejam expressa e individualmente autorizadas a transigir em nome dos interessados.

§ 3º O requerimento referido no **caput** deste artigo poderá definir, desde logo, se os interessados pretendem se submeter apenas ao procedimento de mediação e conciliação, ou também à arbitragem, resguardada a possibilidade de optarem pela arbitragem, de comum acordo, em qualquer etapa do procedimento de mediação e conciliação.

§ 4º O requerimento poderá consistir em simples solicitação para que seja contactada a outra parte, a fim de averiguar a viabilidade ou interesse de se submeter ao procedimento disciplinado neste regulamento.

§ 5º A autenticação dos documentos relacionados no § 1º, quando necessária, poderá ser feita pelo servidor responsável pelo protocolo, à vista dos originais, nos termos do art. 10, § 1º, do Decreto nº 6.932, de 11 de agosto de 2009, ou pelo próprio advogado da parte, sob sua responsabilidade pessoal, na forma do art. 365, inciso IV, do Código de Processo Civil.

§ 6º O requerimento apresentado poderá solicitar, justificadamente, a declaração da natureza sigilosa do procedimento, a fim de resguardar a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas, bem como para a devida proteção da sociedade ou do Estado quando a divulgação prévia da controvérsia ou de documentos que instruem os autos puder acarretar relevante repercussão econômica, política, social ou de outra natureza.

§ 7º Constatada a insuficiência dos documentos apresentados, as partes serão comunicadas a fim de complementar a documentação no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de arquivamento.

Art. 6º Verificada a regularidade da documentação pela Secretaria-Executiva, o procedimento será encaminhado ao presidente da CMCA, que deverá proferir decisão sobre sua admissibilidade, no prazo de 30 (trinta) dias, contados do recebimento dos autos.

§ 1º Além das demais condições previstas neste regulamento, será levada em consideração, para a admissão do pedido, a relevância da matéria submetida à apreciação da CMCA, considerando sua possível repercussão e relevância para o sistema de previdência complementar fechado.

§ 2º Não será admitida a mediação, a conciliação ou a arbitragem de que trata este regulamento quando a controvérsia versar sobre fatos que sejam objeto de processo administrativo sancionador ou de processo de licenciamento no âmbito da Previc.

§ 3º Antes de decidir sobre o prosseguimento do feito, o presidente poderá, a seu critério, consultar as Diretorias da Previc sobre a ocorrência da situação descrita no § 2º.

§ 4º Quando cabível, o presidente da CMCA decretará o sigilo do procedimento.

§ 5º A decisão de que trata este artigo é irrecorrível e será comunicada imediatamente aos interessados pela Secretaria-Executiva.

§ 6º A comprovação do pagamento da tarifa fixada no Anexo II, destinada ao custeio dos serviços prestados, deverá ser feita no prazo de até 10 (dez) dias da comunicação da admissão do procedimento, sob pena de arquivamento.

§ 7º Quando as partes decidirem, no curso ou ao final do procedimento de conciliação e mediação, submeter a controvérsia também à arbitragem, o recolhimento da diferença entre as tarifas previstas no Anexo II deverá ser providenciado no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que tiverem ciência da instituição da arbitragem.

§ 8º Caso as partes desistam, de comum acordo, da instalação da arbitragem, deverá ser restituída a diferença de que trata o parágrafo anterior.

CAPÍTULO IV

DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO

Art. 7º A mediação e a conciliação serão conduzidas por conciliador escolhido entre os servidores em exercício na Secretaria-Executiva, o qual atuará sob a supervisão e a coordenação do presidente da CMCA.

§ 1º O conciliador de que trata o **caput** será escolhido por meio de sorteio ou por sistema eletrônico aleatório, admitindo-se uma recusa imotivada por cada uma das partes.

§ 2º O conciliador nomeado na forma deste artigo designará por despacho o dia, a hora e o local da audiência de conciliação, providenciando a comunicação dos interessados.

Art. 8º Comparecendo as partes à audiência de conciliação, pessoalmente ou através de representante com poderes expressos para transigir, será tentada a solução consensual da controvérsia.

§ 1º A audiência deverá ser realizada a portas fechadas na hipótese de procedimento de natureza sigilosa.

§ 2º O conciliador poderá ouvir as partes, uma ou mais vezes, em conjunto ou separadamente, solicitar a apresentação de esclarecimentos ou documentos adicionais e promover as diligências que entender necessárias para informar-se sobre os pormenores do caso.

§ 3º A solução consensual que venha a ser obtida deverá respeitar os limites normativos vigentes acerca da matéria, devendo ser firmada por escrito e estabelecer claramente as obrigações de cada parte, os prazos para seu cumprimento, os responsáveis pelo monitoramento e as consequências do não cumprimento, sendo submetida ao presidente da CMCA, para que seja homologada por sentença arbitral.

§ 4º O presidente da CMCA somente poderá deixar de homologar a solução consensual em caso de vício de consentimento ou de violação literal a disposição legal.

§ 5º Não se obtendo solução consensual, e não sendo possível a arbitragem, o procedimento será imediatamente arquivado, mediante despacho do presidente.

determinará que sejam reiteradas as comunicações eventualmente expedidas nos 10 (dez) dias anteriores.

Art. 15. Os conciliadores, os experts, os árbitros e as testemunhas deverão dar-se por suspeitos ou impedidos nas hipóteses dos arts. 134, 135 e 405 do Código de Processo Civil.

Parágrafo único. A suspeição e o impedimento poderão ser arguidos pelas partes diretamente ao presidente da Comissão, que proferirá decisão no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 16. O presidente da CMCA decidirá sobre os casos omissos.

Art. 17. O presidente da CMCA poderá expedir orientações sobre procedimentos complementares a este regulamento.

Art. 18. Aplicam-se subsidiariamente a este regulamento as regras previstas na Lei nº 9.307, de 1996, e no Código de Processo Civil.

ANEXO II

TARIFAS	
Procedimento de Mediação e Conciliação:	R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)
Procedimento de Mediação, Conciliação e Arbitragem:	R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)

cm 343765572



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À PREVIC
COORDENAÇÃO-GERAL DE CONSULTORIA E ACESSORAMENTO JURÍDICO

61
8

NOTA n° 5J/2010/CGCJ/PF/PREVIC
PROCESSO n° 342669834 e 343181814
INTERESSADO: Diretoria Colegiada.
ASSUNTO: Aviso de Consulta Pública n° 01/2010.

Sr. Coordenador-Geral de Consultoria e Assessoramento Jurídico.

A Superintendência Nacional de Previdência Complementar PREVIC submeteu a consulta e audiência pública minuta de Regulamento de Mediação, Conciliação e Arbitragem, elaborado com fundamento no artigo 2º, Incisos III e VIII, da Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009.

2. A consulta esteve aberta entre os dias 20 de setembro e 29 de outubro de 2009, recebendo contribuições de especialistas, cidadãos e entidades representativas. A audiência pública, realizada no dia 27 de outubro, contou também com expressiva participação do setor, que contribuiu significativamente para o debate e aprimoramento do instrumento instituído pela lei.

3. Todas as considerações foram analisadas e debatidas cuidadosamente. Entre as sugestões acolhidas estão a alteração da redação dos artigos 3º, *caput* e parágrafo único, 5º, § 1º e inciso I, 7º, § 1º, 10, § 1º, 11, *caput*, 12, § 3º, 13, *caput*, 14, *caput*, e 15, *caput*. Foram incluídos ainda os seguintes dispositivos: art. 4º, § 2º, art. 6º, § 8º, art. 11, § 1º, art. 13, parágrafo único e art. 14, § 2º. O motivo do acolhimento pode ser deduzido a partir da própria redação dos dispositivos, dispensando motivação específica, uma vez que a sugestão guardava harmonia com a legislação em vigor e com a própria estrutura básica da minuta de Regulamento.

4. Algumas propostas não foram acatadas nesta oportunidade, por se considerar já estarem incorporadas, de alguma forma, ao texto do Regulamento. Em outros casos, considerou-se ser a redação original a mais adequada aos termos da Lei nº 12.154, de 2009, e da Lei nº 9.307, de 1996.

5. Com efeito, a própria Lei da PREVIC (Lei nº 12.154/09), por exemplo, ao prever que compete à PREVIC "*promover a mediação e a conciliação entre entidades fechadas de previdência complementar e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores, bem como dirimir os litígios que lhe forem submetidos na forma da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*", já delinheu, de antemão e sem possibilidade de alteração via Regulamento, que a nova atribuição da autarquia deve levar em consideração eventuais controvérsias apenas entre EFPCs e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores, não sendo dado à PREVIC apreciar ou atuar sobre outros possíveis conflitos entre tais atores do sistema de previdência

md
21



complementar e, por exemplo, prestadores de serviço, empregados dos fundos de pensão, etc. A atuação da Previc só pode ocorrer, por opção da lei e não do Regulamento em discussão, no âmbito da relação de previdência complementar.

6. Também a própria Lei que criou a PREVIC determinou que a atuação da autarquia nessas controvérsias deve ocorrer "nos termos da Lei nº 9.307", ou seja, de acordo com as regras da Lei de Arbitragem, o que também condiciona e delimita o Regulamento sob os mais diversos aspectos, como abaixo será explicitado.

7. É bom ressaltar que a Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Previc, formada por servidores em exercício na autarquia e por procuradores federais em exercício da Procuradoria Federal junto à PREVIC, não é e não pretende monopolizar a resolução de conflitos no âmbito da previdência fechada, sendo apenas mais uma opção, mais uma alternativa ao Judiciário oferecida ao setor na resolução dos conflitos que porventura venham a ocorrer entre seus atores.

8. Em outras palavras, eventual conflito entre as partes indicadas no art. 2º, inciso VIII, da Lei da PREVIC (EFPC, participantes, assistidos, patrocinadores e instituidores), quando versar sobre direito patrimonial disponível, poderá ser levado ao Judiciário ou, caso assim decidam as partes em litígio, à conciliação ou à decisão de um árbitro ou de uma câmara arbitral. E, se as partes resolverem levar a controvérsia à apreciação de uma câmara arbitral, isto não significa que elas deverão submeter essa controvérsia à Comissão da Previc, podendo levar o caso a qualquer outra câmara de conciliação e arbitragem em funcionamento no território nacional ou que vier a ser colocada em funcionamento.

9. Portanto, a Comissão da PREVIC, disciplinada pelo Regulamento cuja minuta foi levada a consulta e audiência públicas, é apenas mais uma câmara de conciliação e arbitragem entre as diversas outras já existentes nas principais cidades brasileiras, nada impedindo que sejam criadas outras câmaras, no âmbito exclusivamente privado, sem qualquer intervenção da PREVIC.

10. Além de tais observações introdutórias, é importante mencionar, ainda, que o texto do Regulamento construído pela autarquia e aperfeiçoado com as contribuições recebidas na consulta e na audiência pública não se pretende pronto e acabado em definitivo, sendo certo que a prática e a experiência, pela PREVIC, das novas atividades que a lei de sua criação lhe incumbiu, certamente ensejarão, no futuro, novas mudanças e aprimoramentos na disciplina dessas atribuições.

11. Deve-se, portanto, destacar algumas das propostas recebidas na consulta pública, seja por sua relevância, seja por terem sido apresentados por mais de uma pessoa ou entidade, mas que não puderam ser acolhidas, com o que se pretende justificar o motivo de não terem sido acatadas na versão final do Regulamento.

12. Várias propostas encaminhadas sugeriam a ampliação da competência da Comissão, a fim de abarcar litígios entre as entidades fechadas e prestadores de serviço, processos de licenciamento no âmbito da PREVIC, a possibilidade de mediação e conciliação em processos sancionadores instaurados pela autarquia, entre outras situações. Quanto a esses aspectos, cumpre reforçar que o objeto do normativo é pura e simplesmente a regulamentação do artigo 2º, inciso VIII,

24

da Lei nº 12.154, de 2009, de modo que o artigo 1º do Regulamento reproduz exatamente a redação do dispositivo, evitando quaisquer questionamentos quanto à legalidade da nova competência.

13. A restrição do Regulamento apenas às controvérsias entre EFPCs, patrocinadores, instituidores, participantes e assistidos decorre não do texto proposto para o próprio Regulamento, mas da Lei nº 12.154/09, não havendo margem jurídica, ao menos neste momento, para eventuais ampliações.

14. Estamos cientes do entendimento de que a mediação e a conciliação, especialmente, são institutos mais amplos, que podem ser utilizados em muitas outras hipóteses. No caso da Comissão da PREVIC, porém, vislumbrou-se que essa ampliação da competência poderia afrontar o comando do art. 2º, VIII, da Lei nº 12.154/09.

15. A propósito, vale dizer que a prática da conciliação tem sido estimulada pela autarquia também por meio de outros instrumentos, como o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, regulado pela Instrução PREVIC nº 3, de 29 de junho de 2010. A mediação, conciliação e arbitragem de que trata o Regulamento em discussão e o TAC são, assim, instrumentos convergentes.

16. Outra sugestão reiterada por diversas entidades foi a indicação de árbitros e experts que não sejam servidores públicos, pessoas externas aos quadros da autarquia, para compor a Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da PREVIC. Nesta oportunidade, porém, optou-se por manter a composição da Comissão da PREVIC por servidores em exercício na autarquia, sem prejuízo da participação de outros servidores públicos federais com reconhecido conhecimento na matéria, como, por exemplo, professores de universidades federais, técnicos de agências reguladoras, membros de institutos federais de pesquisa, etc, como permite o Regulamento proposto.

17. Acredita-se que, com essa amplitude, a Comissão da PREVIC já estará, ao menos neste momento inicial, devidamente apta a desenvolver suas atribuições com a qualidade e a eficiência almejadas, valendo lembrar que, por outro lado, nada impede a criação de outras instituições arbitrais, com fundamento na Lei nº 9.307, de 1996, compostas por particulares indicados pelas entidades fechadas de previdência complementar, patrocinadores, instituidores, participantes e assistidos ou entidades de classe.

18. Também nada impede que os conflitos que puderem ser levados à Comissão da PREVIC sejam levados, por opção das partes, a outro árbitro que tenha a confiança dos litigantes ou a outra câmara ou instituição arbitral. A opção pela Comissão da PREVIC ou por qualquer outra instituição arbitral dependerá sempre da decisão livre e autônoma das partes interessadas na solução do conflito.

19. Houve propostas também no sentido de uma melhor estruturação da Comissão. Entre elas, destaca-se a sugestão de composição de um tribunal arbitral, composto por três árbitros, em vez de apenas um. Sob esse aspecto, deve-se salientar que o modelo proposto não tem a pretensão de ser definitivo, podendo evoluir para outros mais complexos. Ademais, a proposta levou em consideração as limitações atuais de recursos materiais e humanos da PREVIC, que é uma autarquia recém criada e ainda em fase de estruturação.



20. Pelo mesmo motivo manteve-se a possibilidade de apenas uma recusa imotivada por cada uma das partes. Vale salientar, todavia, que as recusas motivadas não encontram qualquer limitação, podendo ser argüidas sempre que o árbitro, expert ou conciliador incorrerem em alguma das causas de suspeição ou impedimento previstas no Código de Processo Civil.

21. Esse também o motivo pelo qual não se previu a possibilidade de a Comissão determinar a realização de perícias, sem prejuízo da possibilidade de as partes juntarem laudos técnicos feitos por profissionais por elas contratados. Promove-se com isso, também, a maior celeridade do procedimento, valendo lembrar que o árbitro, segundo o texto do Regulamento, "contará com o auxílio de dois experts, selecionados a partir de lista elaborada semestralmente pelas Diretorias da PREVIC", o que certamente cobrirá, senão todas, a maior parte das matérias passíveis de discussão e análise num conflito no âmbito da relação de previdência complementar.

22. Com relação à cobrança de tarifa pelo exercício dessa atividade de conteúdo eminentemente privado, foi questionada a possibilidade de se estabelecer valores diferenciados, em função da capacidade econômica do agente ou da duração e complexidade do procedimento, sugerindo-se até mesmo a dispensa total da cobrança da tarifa, por já ser cobrada pela PREVIC a taxa de polícia (TAFIC).

23. Neste ponto, cumpre observar que a TAFIC constitui taxa de polícia, devendo remunerar, por força do disposto no art. 145, inciso II, da Constituição Federal, o "exercício do poder de polícia" pelo Estado. Tem-se, porém, que as atividades de conciliação, mediação e arbitragem nos termos da Lei de Arbitragem não constituem, em sua essência, "exercício do poder de polícia" da PREVIC.

24. De fato, nas atividades em questão, o Estado não exerce qualquer tipo de supremacia, submetendo-se em tudo às disposições do regramento civil constante da Lei nº 9.307/96, de modo que estamos diante de ato da administração, mas não de ato administrativo. Trata-se, portanto, de ato de conteúdo privado, limitado apenas em alguns aspectos pelos princípios de direito público previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, como ocorre em toda atividade exercida no âmbito da Administração Pública.

25. Em outras palavras, não se está diante de poder de polícia, cujo exercício pode ser remunerado por taxa de polícia, mas sim de atividade tipicamente privada, agora exercida por ente público.

26. Em resumo, a cobrança de tarifa decorre de imperativos jurídicos, valendo destacar que a Lei nº 9.307, de 1996, autoriza a cobrança de tarifa ou honorários no seu artigo 11, incisos V e VI.

27. Sugeriu-se, então, a fixação, pela Diretoria Colegiada da PREVIC, de valores que signifiquem mero ressarcimento do erário das despesas incorridas com o procedimento. Não por outra razão foram fixados valores mínimos na minuta submetida à consulta pública, se comparados com outras instituições arbitrais.

65
P

28. Decidiu-se ainda, nesse primeiro momento, manter-se um valor fixo de tarifa, evitando maiores discussões quanto à cobrança e permitindo que a atenção seja direcionada para a solução dos conflitos apresentados à Comissão. De todo modo, é possível que se evolua, no momento subsequente, para um modelo que permita mais flexibilidade na cobrança da tarifa e maior acesso dos interessados, estimulando ainda mais a utilização da Comissão, ou, em tese, até mesmo o movimento inverso, de elevação dos valores, caso isto se faça necessário diante da experiência e dos objetivos legais dessa Comissão. Essa avaliação, contudo, deverá ser feita no momento oportuno.
29. Algumas propostas recebidas durante a consulta visam instituir o sigilo do procedimento como regra do procedimento, mantendo a publicidade como exceção, exatamente o contrário da redação original. Entende-se, contudo, que a PREVIC não pode se afastar dos princípios da Administração Pública insertos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, ainda que no exercício de uma atividade tipicamente privada. Ante a falta de outra norma mais específica, tiveram de ser observados os critérios constantes do Decreto nº 4.553, de 2002, cabendo às partes interessadas comprovar o enquadramento nas situações que ensejam a decretação de sigilo. Esse entendimento, vale observar, não contraria a Lei nº 9.307, de 1996, que impõe apenas discricção do árbitro (art. 13, § 6º), disposição que certamente será respeitada.
30. Por fim, houve sugestão de regra no sentido de que fatos que possam ensejar o exercício de poder de polícia, levados ao conhecimento da Comissão, não possam ser utilizados para fins de instauração de processo administrativo sancionador. A sugestão não pode ser incorporada em razão da disposição do artigo 116, Inciso VI, da Lei nº 8.112/90, que prevê a obrigação do servidor levar ao conhecimento de seu superior hierárquico qualquer irregularidade que tiver ciência no exercício de suas atividades.
31. São essas as considerações que reputamos necessárias e que, após a aprovação da Diretoria Colegiada da Previc, devem passar a fazer parte dos fundamentos do ato normativo a ser expedido, nos termos do artigo 50, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1999.
32. Após a aprovação, cadastre-se esta nota no Sistema de Consultoria da AGU - SISCO.

Ao Coordenador-Geral de Consultoria e Assessoramento Jurídico, para apreciação.

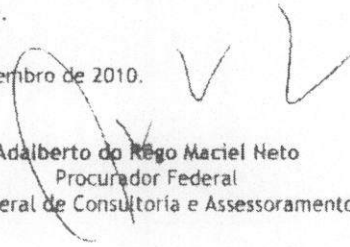
Brasília, 8 de novembro de 2010.


Danilo Ribeiro Miranda Martins
Advogado Público Federal
Coordenador de Consultoria e Assessoramento Jurídico

De acordo.

Ao Procurador-Chefe.

Brasília, 09 de novembro de 2010.

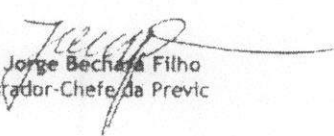

Adalberto do Rego Maciel Neto
Procurador Federal
Coordenador-Geral de Consultoria e Assessoramento Jurídico

DESPACHO

Aprovo o PARECER Nº 51 /2010-CGCJ/PF/PREVIC.

Encaminhem-se os autos à CGDC/DICOL/PREVIC, após registro no SISCON.

Brasília, 09 de novembro de 2010.


Ivan Jorge Bechata Filho
Procurador-Chefe da Previc

PREVIC, a ser exercida nos termos do Regulamento de Mediação, Conciliação e Arbitragem ora proposto.

5. A discussão que inicialmente se impõe, no entanto, é se o exercício dessa competência se enquadra melhor entre os "atos administrativos" ou entre os "atos da administração", atos de natureza privada promovidos pela Administração. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho:

"(...) há regras e princípios jurídicos específicos para os atos administrativos que não incidem sobre atos privados, e isso porque aqueles se qualificam como atos de Poder, e, como tais, devem ser dotados de certas prerrogativas especiais. É o caso, para exemplificar, das normas que contemplam requisitos de validade dos atos administrativos, ou os princípios da legalidade estrita, da autoexecutoriedade e da presunção de legitimidade dos mesmos atos." (ob. cit., p. 111).

6. Da mesma forma, sustenta Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 150):

"Condição primeira para o surgimento do ato administrativo é que a Administração aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público, visto que algumas vezes nivela-se ao particular e o ato perde a característica administrativa, igualando-se ao ato jurídico privado (...)"

7. E, mais à frente, continua:

"A doutrina abona essa conduta e a jurisprudência já a tem consagrado em repetidas decisões, no teor desse acórdão do STF: 'Quando o Estado pratica atos jurídicos regulados pelo direito civil (ou comercial), coloca-se no plano dos particulares' (...). Observamos, todavia, que mesmo nesses atos ou contratos o Poder Público não se libera das exigências administrativas que devem anteceder o negócio jurídico almejado, tais como autorização legislativa, avaliação, licitação etc. (...)" (p. 156) (grifou-se).

8. Considerando, assim, que na atividade em questão o Estado não exerce qualquer tipo de supremacia, submetendo-se em tudo às disposições do regramento civil constante da Lei nº 9.307/1996, deve-se reconhecer que estamos diante de ato da administração, mas não de ato administrativo. Trata-se, portanto, de ato de conteúdo privado, limitado apenas em alguns aspectos pelos princípios de direito público previstos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, como ocorre em toda atividade administrativa.

9. Outra discussão refere-se ao enquadramento dessa atividade como espécie de serviço público ou não. Sob esse aspecto, deve-se perquirir se a competência prevista no artigo 2º, inciso VIII, da Lei nº 12.154/2009 pode versar sobre qualquer tipo de conflito privado ou se ela só se justifica em função das demais competências, em especial a de "harmonizar as atividades das entidades fechadas de previdência complementar com as normas e políticas estabelecidas para o segmento" (art. 2º, inciso V). Nesse caso, teríamos não propriamente uma nova competência, mas sim um instrumento para o atingimento dos fins para que foi criada a autarquia.

10. Quanto a esse aspecto, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 668) sustenta que serviços públicos são aqueles consistentes no oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades singularmente





fruíveis pelos administrados, mas que o Estado assume como próprias por serem correspondentes a necessidades básicas da sociedade. Segundo o doutrinador:

"(...) se assim não fosse, é bem ver que o serviço público não seria público, não seria voltado para satisfazer a coletividade, mas apenas a interesses privados. Este traço - de estar voltado a preencher necessidades do público em geral - reside na própria origem da noção. Se não fora pela relevância para o todo social, o Estado não teria porque assumir tal atividade." (p. 669).

11. Como decorrência, sustenta o autor, a noção de serviço público pressupõe sua subsunção ao regime de Direito Público, impondo ao Estado, inclusive, o dever inescusável de promover-lhe a prestação (ob. cit. pp. 669 e 672). Logo, tratando-se de atividade submetida a regime de direito privado, não há como reconhecer-lhe esse caráter. Tampouco se trata de exploração de atividade econômica em seu sentido estrito, visto que não exercido com o objetivo imediato de intervir no domínio econômico, por imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173, caput, CF/88). Se o fosse, registre-se, deveria tê-lo feito através de empresa pública ou sociedade de economia mista.

12. Como reconhece Celso Antônio, entretanto, existem determinados tipos de serviços que não se enquadram em nenhuma das hipóteses assinaladas:

"Entre os dois extremos (...) é que existe a margem legal para definir os restantes serviços públicos. Desde que não seja afrontada a orientação constitucional indicada, e o sentido corrente da locução 'atividade econômica', o legislador poderá criar outros serviços públicos. Fica visto, pois, que existem certos serviços que podem ser nominados de serviços governamentais, isto é, os que correspondem à exploração de atividade econômica pelo Estado [em sentido amplo], em concorrência com os particulares ou sob regime de monopólio, mas que são perfeitamente inconfundíveis com os serviços públicos." (op. cit., p. 689).

13. Também Marçal Justen Filho (*Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 576) reconhece a existência dessa espécie de serviço, ao atestar que "Excluídos os dois campos - aquilo que é obrigatoriamente serviço público e aquilo que não pode ser serviço público -, existe a possibilidade de o legislador infraconstitucional determinar outras atividades como tais, respeitados os princípios constitucionais."

14. Paulo Modesto igualmente reconhece a possibilidade de existência de atividades estatais que não se enquadram nem no conceito de serviço público, nem no de atividade econômica em sentido estrito, atribuindo-lhes a denominação de "serviços de relevância pública" (Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas, in *Direito Administrativo - Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Neto*, org. Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1.033).

15. Pela proposta aqui formulada, portanto, o Estado desempenharia atividade de cunho eminentemente privado, submetendo-se ao regime da Lei nº 9.307/96, com a finalidade de harmonizar as atividades das entidades fechadas de previdência complementar. Tal atividade, portanto, só seria exercida nos casos em que se constatasse a relevância da matéria, considerando seu possível impacto no sistema previdenciário de natureza complementar como um todo (art. 6º, § 1º).

47
§

16. Independentemente da natureza da atividade exercida, no entanto, a Administração Pública não pode se afastar dos princípios insertos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, quais sejam: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. É o que observa Celso Antônio Bandeira de Mello (op. cit. p. 201), ao cuidar do regime jurídico das empresas estatais:

"(...) quaisquer empresas públicas e sociedades de economia mista - sejam exploradoras de atividade econômica ou sejam prestadoras de serviços públicos (ou responsáveis por obras públicas ou outras atividades públicas) - por força da própria Constituição, vêm-se cothidas por normas ali residentes que impedem a perfeita simetria de regime jurídico entre elas e a generalidade dos sujeitos de Direito Privado."

17. Assim, conclui, "O artigo 37, *caput*, declara submissas aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência a Administração direta, indireta ou fundacional, em todas as esferas e níveis de governo" (op. cit., p. 201).

18. Dessa forma, cumpre à Administração Pública selecionar, dentre as opções oferecidas pela Lei nº 9.307/96, aquelas que mais se adequam a sua forma de funcionamento. Por essa razão, optou-se pela utilização apenas da arbitragem de direito, sem restrição da aplicação da legislação vigente, como permite o artigo 2º da Lei nº 9.307/1996. Trata-se aqui, portanto, de arbitragem institucional, a qual será instituída e processada apenas segundo as regras do órgão arbitral, nos termos do artigo 5º da Lei de Arbitragem.

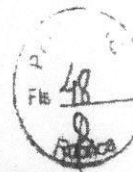
19. Outro aspecto definido no artigo 1º deste regulamento é a possibilidade de patrocinadores de natureza pública, atualmente regulados pela Lei Complementar nº 108/2001, poderem se submeter à arbitragem da Previc. Conflitos envolvendo tais entidades são comuns no âmbito da Previdência Complementar, motivo pelo qual merecem referência específica.

20. Embora controversa, a juridicidade da submissão de ente público à arbitragem é defendida por vários doutrinadores brasileiros, entre os quais Adilson de Abreu Dallari (Arbitragem na concessão de serviço público, in *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, nº 13, p. 5-10, 1996), Eros Roberto Grau (Arbitragem e contrato administrativo, RTDP, São Paulo, v. 32, p. 14-20), Selma Ferreira Lemes (Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica, São Paulo: Quartier Latin, 2007), Leon Frejda Szklarowsky (Arbitragem e os contratos administrativos, RDA, Rio de Janeiro, nº 209, p. 105-107), entre outros.

21. Conforme a doutrina, há pelo menos dois momentos em que a jurisprudência já admitiu a possibilidade de convenção de arbitragem envolvendo entidades públicas. Trata-se do julgamento proferido no Agravo de Instrumento nº 52.181, em 14.11.1973, envolvendo empresas da Organização Lage, e do Mandado de Segurança nº 11.308, de 9.4.2008, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

22. Nesses casos estavam em discussão apenas obrigações pecuniárias da Administração Pública, consideradas disponíveis. Como bem assinalou Caio Tácito (O Juízo Arbitral em Direito Administrativo, in *Reflexões sobre Arbitragem*, Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossari Garcez. (Coord.) São Paulo: LTr, 2002, p. 27):





"Assim como é lícito, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação - e, por via de consequência, a convenção de arbitragem - será meio adequado a tomar efetivo o cumprimento obrigacional quando compatível com a disponibilidade de bens."

23. Dessa forma, admitindo-se a possibilidade de arbitragem quanto aos contratos administrativos, nos termos da doutrina colacionada, com maior razão deve-se reconhecer a opção de entidades públicas pelo procedimento quanto a conflitos envolvendo interesses eminentemente disponíveis (regime de previdência privada).

24. Considerando que a arbitragem somente pode versar sobre direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, Lei nº 9.307/1996), não se pode admitir a instituição de arbitragem sobre fatos que possam ensejar o exercício do poder de polícia. Embora a IN PREVIC nº 3/2010 trate da possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC com as entidades integrantes do sistema previdenciário complementar, a competência para a arbitragem prevista no artigo 2º, inciso VIII, da Lei nº 12.154/2009 não versa sobre conflitos com a Previc. Tal situação, aliás, poderia colocar em cheque o princípio da Imparcialidade do órgão arbitral, previsto no artigo 13, § 6º, da Lei nº 9.307/96.

25. Em atendimento ao disposto no artigo 21, inciso VI, do Decreto nº 7.075/2010, a presidência da Comissão de Conciliação deverá ficar sob a responsabilidade de procurador federal lotado na Procuradoria Federal junto à Previc. Embora fosse desejável que a Comissão fosse composta por três ou mais integrantes, a falta de recursos humanos disponíveis neste momento impossibilita a escolha por essa opção. Pela mesma razão, embora fosse desejável que essa escolha ocorresse por meio de sorteio ou outro critério objetivo, optou-se inicialmente, na minuta de Regulamento a proposta, pela designação *ad hoc* de procurador para a condução dos trabalhos.

26. Reputa-se, por outro lado, relevante que a arbitragem seja realizada por procuradores federais. Já se disse que, embora não haja interesse direto da autarquia, o assunto em debate deve ter alguma relevância para o sistema regulado. Desse modo, considerando que os procuradores federais somente se submetem tecnicamente à Procuradoria-Geral Federal e à Advocacia-Geral da União (art. 38, § 1º, MP nº 2229-43/2001, e art. 11, § 2º, inciso II, Lei nº 10.480/2002), é possível vislumbrar uma maior independência na análise das matérias submetidas à Comissão, reforçando-se a imparcialidade e a independência da atuação dos árbitros da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Previc.

27. Isso não impede, todavia, a designação de servidores da própria Previc para auxiliarem no desempenho dessa atividade, na forma prevista no artigo 11, § 2º, da minuta de Regulamento ora proposta. Antes, tal auxílio é desejável, considerando a competência e o conhecimento especializado dos servidores nas matérias em exame. Optou-se, contudo, por uma forma de seleção objetiva, buscando-se sempre a maior independência e imparcialidade possível para os integrantes da Comissão.



28. Registre-se, ainda, que o modelo inicialmente proposto não afasta a possibilidade de se evoluir para outros modelos mais complexos, na medida em que a experiência e a estruturação da Previc o permitir.

29. As partes legitimadas a instaurar o procedimento são aquelas indicadas no artigo 1º. Não é possível, pelo regulamento, que entidades fechadas, patrocinadores, instituidores, participantes e assistidos sejam representados por entidades a que sejam filiados, a não ser que tenham sido expressa e individualmente autorizadas a transigir.

30. Registre-se que, no âmbito do Processo Civil, há norma expressa atestando que "ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei" (art. 6º, CPC). Ainda que seja discutível a possibilidade de transação por substituto processual, vê-se que no caso em estudo sequer se verifica a substituição processual, que necessita de previsão legal expressa.

31. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que é aplicável o Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica entre entidades de previdência fechada e seus participantes (Súmula nº 321). Sem adentrar no mérito dessa discussão, não se pode ignorar esse posicionamento do STJ na elaboração da presente minuta, até para que se possa aqui sugerir um modelo dotado do maior nível possível de segurança jurídica. De acordo com o artigo 103, inciso III, do CDC, em se tratando de direitos individuais homogêneos, apenas a sentença favorável é capaz de produzir efeito *erga omnes*. Desse modo, dificilmente alguma entidade fechada teria interesse em se submeter a uma arbitragem se somente o resultado favorável à outra parte pudesse surtir efeitos.

32. Outra questão controvertida refere-se ao pagamento de honorários e de despesas com a arbitragem, expressamente previstos no artigo 11, incisos V e VI, da Lei de Arbitragem. A lei expressamente distingue a remuneração devida ao árbitro daquela destinada ao custeio das despesas. Optou-se, nesta proposta de regulamento, pela não remuneração dos árbitros (art. 5º, § 2º), mas pela cobrança de tarifa destinada a cobrir os custos com a arbitragem.

33. Como esclarece José dos Santos Carvalho Filho (op. cit. p. 368):

"Os serviços facultativos são remunerados por tarifa, que é caracterizada como preço público. Aqui o pagamento é devido pela efetiva utilização do serviço, e dele poderá o particular não mais se utilizar se o quiser."

34. Roque Antônio Carrazza (*Curso de Direito Constitucional Tributária*. 24ª ed. 2008, p. 533), distinguindo as taxas das tarifas, pontifica:

"De feito, enquanto os preços (tarifas) são regidos pelo direito privado, as taxas obedecem ao regime jurídico público. Nelas não há relação contratual, mas relação jurídica de conteúdo manifestamente publicístico. Noutras palavras, o preço deriva de um contrato firmado, num clima de liberdade, pelas partes, com o fito de criarem direitos e deveres recíprocos."

35. Reconhecendo-se que a atividade em questão não se trata de serviço público, e que se submete a regime eminentemente privado, dúvida não pode haver que os valores cobrados têm a

Continuação do Parecer nº 87 /2010-CGCJ/PF/PREVIC



natureza jurídica de tarifa. Registre-se, ainda, que tais recursos deverão ser revertidos à Previc, como autoriza o artigo 11, Inciso VII, da Lei nº 12.154/2009.

36. Por fim, vale destacar que a proposta de Regulamento de Mediação, Conciliação e Arbitragem foi submetida a consulta e audiência pública, recebendo sugestões durante o período entre 20 de setembro e 29 de outubro de 2009. Desse modo, o resultado é fruto também de um amplo debate com o ambiente regulado, o que legitima ainda mais o procedimento e o aproxima das expectativas dos potenciais interessados na sua utilização, uma vez que foi acatada e incorporada ao texto ora proposto boa parte das sugestões recebidas.

37. Após a aprovação, cadastre-se o parecer no Sistema de Consultoria da AGU - SISCON.

Ao Coordenador-Geral de Consultoria e Assessoramento Jurídico, para apreciação.

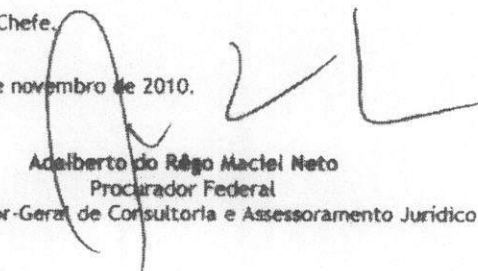
Brasília, 8 de novembro de 2010.


Danilo Ribeiro Miranda Martins
Advogado Público Federal
Coordenador de Consultoria e Assessoramento Jurídico

De acordo.

Ao Procurador-Chefe.

Brasília, 08 de novembro de 2010.

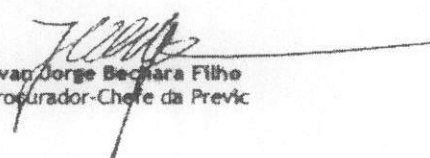

Adelberto do Rêgo Maciel Neto
Procurador Federal
Coordenador-Geral de Consultoria e Assessoramento Jurídico

DESPACHO

Aprovo o PARECER Nº 87 /2010-CGCJ/PF/PREVIC.

Encaminhem-se os autos à CGDC/DICOL/PREVIC, após registro no SISCON.

Brasília, 09 de novembro de 2010.


Ivan Jorge Bechara Filho
Procurador-Chefe da Previc