

Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos- Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual ? *

Selma M. Ferreira Lemes **

I – Introdução

Os novos paradigmas do direito administrativo

Abordar sobre o instituto jurídico da arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos passa, a cada dia, ser algo mais presente e irreversível no moderno direito administrativo brasileiro. As premissas atuais que orientam as contratações públicas, em especial as novas formas de parcerias entre o Estado e os particulares,¹ estão a demonstrar a quebra de antigos paradigmas, verificados nos textos legais que disciplinam a concessão de serviços públicos (Leis nºs 8.987, de 13.02.95 e 9.074, de 07.07.95), que instituíram as Agências Reguladoras, nas áreas de petróleo, comunicações, transportes, etc.²

* Palestra proferida na reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAR realizada em São Paulo, em 06 de maio de 2003.

** Advogada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito USP. Membro da Comissão Relatora da Lei de Arbitragem, Professora do Curso GVLAW da Fundação Getúlio Vargas – SP, membro do Grupo Latino-Americano da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI e sócia de Selma Lemes Advogados Associados.

¹ Referimo-nos às formas de contratação com o Estado, entre elas, a concessão, a permissão, o consórcio, o contrato de gestão, etc. Cf Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, São Paulo, 4^o.ed., Atlas, 2002, 395 p.

² “...o que muda é principalmente a **ideologia**, é a forma de conceber o Estado e a Administração Pública. Não se quer mais o estado prestador de serviços; quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre público e privado na realização das atividades administrativas do Estado; quer-se a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação da Administração Pública, para permitir maior eficiência; quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada.” (grifo no original) Maria Sylvia Z. DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, São Paulo, 4^o ed., Atlas, p. 16, 2002. Digno de nota e na mesma linha encontramos a manifestação do Ministro Carlos Átila, do Tribunal de Contas da União, ao revisar a questão da previsão da arbitragem em contrato administrativo, na decisão nº 188/95- Ata 18/95, em razão do disposto no art. 23, inciso XV da Lei nº 8.987/95, esclareceu, verbis: “..Penso que o tribunal, ao decidir, não pode deixar de considerar as circunstâncias que envolvem os dispositivos em exame. O processo de privatização que o Poder Executivo e o Congresso Nacional indiscutivelmente vêm apoiando e promovendo traz inerente forte mudança de rumos e de orientação na política e na doutrina institucionais do Estado. Essa mudança de rumos se expressa em nova legislação, ou seja, só se viabiliza na medida em que provoca a ruptura com as disposições normativas até então vigentes – que consolidavam e mantinham a economia estatizada e que são agora substituídas por disciplinamento novo, que vem

Em decorrência das peculiaridades presentes nas novas formas de parcerias firmadas entre a Administração e os particulares, notadamente o vulto e envergadura dos empreendimentos aos quais o Estado não pode dispensar a colaboração e o aporte de capital privado, procura-se flexibilizar a relação contratual, priorizando o **equilíbrio de interesses das partes**.³ Passa-se a dar maior relevo à igualdade de tratamento contratual, tal como no direito privado, sem com isso deixar de acatar as cláusulas exorbitantes, peculiares aos contratos administrativos. À luz desses novos paradigmas, escudados nos princípios jurídicos da igualdade, legalidade, boa-fé, justiça, lealdade contratual, do respeito aos compromissos recíprocos das partes etc., a Administração é conduzida a perfilar novos caminhos que busquem a solução de controvérsias de modo mais rápido e eficaz para as divergências que envolvam direitos patrimoniais disponíveis nos contratos administrativos e que gravitam em torno das cláusulas econômicas e financeiras (equilíbrio econômico-financeiro). O escopo desta iniciativa é o de preservar e conciliar os interesses do concessionário e da Administração (e dos usuários dos serviços) relativos à boa, correta e justa governança da concessão outorgada, haja vista tratar-se de modalidade do contrato administrativo **de colaboração**.⁴

Referidas mudanças de rumo e de orientação também foram sentidas no direito administrativo comparado, tais como as verificadas na França, Espanha, Itália, Portugal etc. Nesses países, graças a estas novas formas de contratação, foi possível a realização de grandes obras, tais como, a construção de estradas, ampliações portuárias, serviços de saneamento básico, etc., em que o parceiro privado efetua altos investimentos, recuperando-os posteriormente, com a

abrir caminhos diferentes para equacionar as questões políticas, econômicas e sociais na sociedade que vivemos. Nessa ruptura, inevitavelmente surgem áreas de dúvidas e mesmo de conflitos interpretativos da legislação antiga e mesmo de conflitos com a nova, ainda carente de maturação jurisprudencial, especialmente porque, como é sabido, o direito positivo não tem como esgotar todas as hipóteses de casos concretos que deve regular – situação que se agrava no campo do direito administrativo brasileiro, lamentavelmente saturado por um passado exageradamente profícuo na produção de normas e regulamentos sempre especiosos e nem sempre claros.”

³ “A flexibilidade do Direito Administrativo contemporâneo, no setor econômico e, particularmente, nos aspectos referentes às relações negociais mantidas pelo Estado com os particulares, com vistas à execução de obras vinculadas às concessões de serviços públicos é um dos traços essenciais do Direito Administrativo hodierno”. Cf Arnold WALD, Luiza Rangel de MORAES e Alexandre de M. WALD, O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões, São Paulo, RT, 1996, p.39. Impende observar que nova modalidade de contratação conjunta em projetos que envolvem vultosos investimentos nas áreas de infra-estrutura (setor elétrico e de saneamento básico) atualmente vem a lume, tal como o denominado contrato *PPP -Public Private Partnership*, que passa a ser enfocado como uma forma de responsabilidade social atribuída ao capital privado, no qual a arbitragem, como forma de solucionar controvérsias se mostra propícia. Cf. José Emilio Nunes PINTO, *Projetos PPP -Parceria alia interesses dos setores público e privado*, Revista Consultor Jurídico: www.conjur.com.br artigos 03.02.2003

⁴ Cf Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 28º ed., Malheiros, p. 255 . Vide nota 34 infra.

exploração dos serviços prestados aos usuários. Esses contratos passaram a estabelecer novos conceitos jurídicos representados nos direitos e obrigações das partes, neles inseridos os institutos jurídicos da arbitragem, da mediação e da conciliação.

À guisa de ilustração mostra-se representativo o exemplo verificado com a construção do Túnel sob o Canal da Mancha, resultante de Acordo Internacional firmado em 1986, entre a Grã-Bretanha e a França que, entre outras avenças, redundou em contrato de concessão para exploração de serviços por particulares. Nesta negociação a arbitragem teve papel importante, pois as partes recorreram à arbitragem por várias vezes, para fixar as alterações imediatas no contrato exigidas no curso da obra, transferindo para o final da execução as avaliações dos direitos e deveres das partes.⁵ Os árbitros foram autorizados pelas partes a conceder medidas cautelares, que impediram a paralisação das obras que, se ocorrentes, encareceriam ou até inviabilizariam o empreendimento.⁶

A redescoberta da arbitragem no Direito Processual Civil na ótica da facilitação do Acesso à Justiça e no Direito Internacional Privado com o incremento do comércio internacional

Ainda, nesta linha de balanço de final e início de novo século em que mutações são verificadas em todos os setores da sociedade e nas diversas ciências,⁷ há de ser observado que a arbitragem não passou incólume a essas transformações, sendo que podemos constatar duas dinâmicas distintas. A primeira, no âmbito do direito processual civil, enquanto passa a enaltecer que a prestação jurisdicional deve priorizar a efetividade e a informalidade no contexto das denominadas “ondas renovatórias do direito” apregoadas por Mauro CAPPELLETTI, consubstanciadas, no ambiente doméstico, nas Leis que disciplinaram os juizados especiais cíveis e criminais (Leis nº 9.099/95 e 10.259/01), na tutela antecipada e execução provisória (Leis nºs 8952/94 e 10.444/02), na lei do fax (lei nº 9800/99) etc. É indubitável, portanto, que a Lei nº 9.307, de 23.09.96, que deu novas feições ao instituto jurídico da arbitragem, é fruto desta útil influência. Por sua vez a segunda, ocorreu no cenário mundial, em que a partir da década de 50 a arbitragem voltou a ser prestigiada⁸ e,

⁵ Cf Arnold WALD *et alii*, *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*, São Paulo, RT, 1996, p.36/61. Os referidos juristas observam que “os próprios Estados concedentes – a França e a Inglaterra – mudaram as condições aumentando os prazos da concessão para permitir que a operação fosse rentável. Comparando com a construção de obras semelhantes na história, como os canais de Suez e Panamá, o Eurotúnel realizou um prodígio quanto ao tempo de sua realização que se deve não somente ao progresso tecnológico, mas também ao aprimoramento das normas legais e dos mecanismos jurídicos aplicáveis ao caso”, op. cit. p. 36.

⁶ Op. cit. p. 61. Igualmente cf Flávia Bittar, *Arbitragem na Construção Civil*, Boletim Informativo CAMARB, 1º trimestre 2003, www.camarb.org.br

⁷ À guisa de ilustração verificar Fritjof CAPRA, *O Tao da Física*, São Paulo, Cultrix, 1983.

⁸ Pode-se dizer que, no século passado, a partir da década de 50 a arbitragem foi reativada na sociedade das nações. Surgiu sob a égide da ONU a Convenção Internacional de Direito Privado

definitivamente impulsionada, na década de 80 com a globalização da economia, em que os contratos internacionais com os mais variados objetos, valores e complexidades técnicas, quase que à unanimidade, elegem a arbitragem para solução de diferendos, principalmente por ser foro especializado e desvinculado do Estado, sendo os árbitros nomeados pelas partes que, além da independência e da imparcialidade, podem ser especializados na matéria objeto da arbitragem.

Após estas observações introdutórias que se mostram oportunas na análise legal, em que os métodos de interpretação histórico, lógico, sistemático e teleológico não são excludentes, mas se complementam,⁹ observamos, como acentua Francesco FERRARA que “... a *ratio legis* é uma força vivente móvel que anima a disposição, acompanhando-a em toda a sua vida e desenvolvimento; é como linfa que mantém sempre verde a planta da lei e faz brotar sempre novas flores e novos frutos.”¹⁰

Assim, ao tratar da arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos dois temas defluem como inevitáveis frente às características e conceitos

com maior número de ratificações no mundo (mais de 130 países), a Convenção Internacional sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, firmada em Nova Iorque, 1958 (em vigor no Brasil desde 05.09.2002 – Decreto nº 4.311/02). Digno de nota nesta área foram os trabalhos desenvolvidos pela Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional – UNCITRAL (criada em 1963), que redigiu um regulamento de arbitragem (1976) que é adotado universalmente para administrar arbitragens *ad hoc* e institucionais, bem como o inestimável auxílio para harmonizar (e não uniformizar) as legislações arbitrais internas, ao elaborar a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, em 1985, que, espontaneamente, passou a ser incorporada nas legislações internas de dezenas de países, inclusive no Brasil (cf nosso artigo “Princípios e Origens da Lei de Arbitragem”, *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, - ASSP, São Paulo, nº 51, p. 32/35 out. 1997. referido artigo foi publicado também no “Enfoque Jurídico”, Suplemento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, jan./fev. 1997, p.5/6). Enfim, diversas outras iniciativas no campo arbitral se têm verificado, tais como a elaboração de convenções internacionais específicas sobre arbitragem no âmbito interamericano, a Convenção do Panamá de 1975, a Convenção de Montevideu de 1979, e no MERCOSUL com a Convenção sobre Arbitragem Comercial Privada, firmada em Buenos Aires em 1998 e o Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias entre os Estados Partes, de 1991, alterado pelo Protocolo de Ouro Preto de 1994 e o Protocolo de Olivos de 2002. Ainda, podemos citar a Convenção Européia sobre Arbitragem, firmada em Genebra em 1961, o acordo de integração econômica regional entre os Estados Unidos, México e Canadá (NAFTA), que regula a arbitragem em diversas seções, tais como os referentes a solução de controvérsias privadas, *antidumping*, investimentos, etc (Cf nosso artigo “O Sistema de Solução de Controvérsias no North American Free Trade Agreement - NAFTA.”, in *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio ?*, Paulo Borba CASELLA e Araminta MERCADANTE orgs. São Paulo, LTr, 1998, p. 756/86), na OMC e em acordos de promoção de investimentos, etc.

⁹ Cf Karl LARENZ, *Metodologia de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 316. Certa feita anotamos: “... para entender e conhecer qualquer matéria jurídica, impende perquirir suas origens e princípios jurídicos, posto que, consoante acentuou Eduardo Couture, seria ingênuo demais pressupor que a lei, ao desenvolver os mandamentos constitucionais, por exemplo, limita-se a escrever artigos. Seu trabalho prévio será determinar os princípios que regerão a lei a ser redigida, os pensamentos diretores”. Selma M. Ferreira LEMES, “Princípios e Origens da Lei de Arbitragem”, *Revista do Advogado*, AASP, nº 51, out., 1997, p. 32.

¹⁰ Francesco FERRARA, *Interpretação e Aplicação das Leis*, Coimbra, 4 ed., Armênio Amado, p. 142, 1987.

do direito arbitral e as peculiaridades presentes nos contratos administrativos. Destarte, o primeiro, refere-se ao âmbito de abrangência da arbitragem, que nos conduz a analisar a questão sob a ótica do conceito de arbitrabilidade objetiva (direitos patrimoniais disponíveis) e, o segundo, refere-se aos princípios da confidencialidade e sigilo, que estão presentes na arbitragem *vis-à-vis* a publicidade que deve pautar os atos da administração, conforme disposto no art. 37, *caput* da Constituição Federal de 1988.

II- A Arbitrabilidade Objetiva

No Direito Arbitral o conceito de arbitrabilidade ¹¹ subdivide-se em arbitrabilidade subjetiva e objetiva. A primeira refere-se aos aspectos da capacidade para poder se submeter à arbitragem e, no direito público e administrativo, seja como pessoa jurídica de direito público (Estado e autarquias) ou de direito privado (sociedade de economia mista e empresa pública), o ente público e privado a possui.¹² Por sua vez a arbitrabilidade objetiva refere-se ao objeto da matéria a ser submetida à arbitragem, ou seja, somente as questões referentes a direitos patrimoniais disponíveis.¹³ Estes conceitos estão dispostos

¹¹ Cf João Bosco LEE, “ O Conceito de Arbitrabilidade nos Países do MERCOSUL “, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 8, abr./jun., 2000, p. 346/58, Clávio VALENÇA FILHO, “Arbitragem e Contratos Administrativos”, na mesma obra p. 365/73 , José Maria Rossani GARCEZ, Arbitrabilidade no Direito Brasileiro e Internacional, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 12, abr./jun., 2001, p. 337/356 e, de nossa lavra “Arbitragem em Propriedade Intelectual- Instituições Arbitrais”, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, 74:120-131, out./nov., 1995. .

¹² A possibilidade de a Administração submeter-se à arbitragem foi objeto de análise acurada de Castro NUNES, efetuando retrospectiva histórica desde a era imperial, salientando que, vedar ao Estado a possibilidade de se submeter a arbitragem, seria restringir a sua autonomia contratual, que como qualquer pessoa *sui juris*, pode prevenir litígios ou solucioná-los por via transacional, nas questões de direito contratual ou privada, podendo, por conseqüência, submeter-se à arbitragem. Cf Castro NUNES, *Da Fazenda Pública em Juízo*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1950, p. 279. Esta questão ficou definitivamente assentada pela Corte Excelsa, em 1973, ao julgar o célebre caso que envolvia o espólio de Henrique Lage, tendo como Relator o Ministro Bilac Pinto. Foi referendada a legalidade da arbitragem, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda, citando precedentes do STF e pontificando que o pacto de compromisso, sendo de natureza puramente consensual não constitui foro privilegiado, nem tribunal de exceção, ainda que regulado por lei específica (RTJ 68/385).

¹³ A análise da exclusão da aplicação da arbitragem em direito público pode ser efetuada deslocando a lente para outro prisma, qual seja, avaliando-se a ausência de *imperium* do árbitro, que em conceito estrito foi definido por Charles JARROSSON como “*imperium merum, isto é, o imperium puro, que deflui diretamente do poder de comando e construção que se atribui ao juiz na condição de depositário de imperium*” (tradução livre) Cf.Charles JARROSSON, “Réflexions sur L’Imperium”, *Etudes Offertes à Pierre BELLET*, Paris, Litec, 1991, p. 265. Em contexto amplo de análise da natureza jurídica da arbitragem esta questão é importante, posto que o árbitro tem *jurisditio*, mas não tem *imperium* (op.cit. p. 267). Para aqueles que pretendam enveredar na senda da natureza jurídica da arbitragem o estudo empreendido pelo referido autor constitui leitura elucidativa. Retornando ao enfoque do direito público verificamos que é nesta visão de ausência de *imperium* do árbitro, que as questões de direito administrativo, em determinadas situações são, por princípio, insuscetíveis de serem solucionadas por árbitros. Cf, Jean –Baptiste RACINE,

no art. 1º da Lei nº 9.307, D. 23.09.96, quando prescreve “ *As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.* “

Importa, nesta oportunidade, analisar o conceito de arbitrabilidade objetiva, ou seja, quais as questões, na seara administrativa, em especial nos contratos de concessão de serviços públicos, que seriam consideradas como de direitos patrimoniais disponíveis, haja vista que no direito administrativo há matérias que são de direitos indisponíveis, em que o ente público age com poder de império, e outras, no campo do direito privado (poder de gestão), em que lhe é autorizada margem de negociação que não agrida, ou conflite com o interesse público.¹⁴

Em elucidativa explanação Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO salienta que o interesse público subdivide-se em interesse público primário e o secundário (ou derivado). O interesse público primário está relacionado com a sua relevância, considerando a segurança e o bem-estar da sociedade, sendo que o ordenamento jurídico os destaca, os define e compete ao Estado satisfazê-lo sob regime próprio. Esses interesses estão fora do mercado, submetendo-se ao princípio da indisponibilidade absoluta. **O interesse público secundário ou derivado tem natureza instrumental referindo-se às pessoas jurídicas que os administram e existem para que os interesses primários sejam satisfeitos, resolvendo-se em direitos patrimoniais e, por isso, tornam-se disponíveis.** (grifamos) Assim esclarece que, “*..são disponíveis, nesta linha, todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão **patrimonial**, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou os seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.*”¹⁵ (grifo original)

Reportando-nos aos ensinamentos do jurista argentino Rafael BIELSA, precursor no estudo desta questão, anotamos que devemos distinguir os “*atos administrativos de autoridade*” e os “*atos de simples gestão*” (gestão patrimonial).

Assim, a sentença arbitral nunca poderia versar sobre matéria de “poder” de autoridade e vigilância, mas poderia se manifestar sobre questões pactuadas. Destarte, indaga o mestre portenho, “*qual é o princípio que se oporia a*

L'Arbitrage Commercial International et L'Ordre Public, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – LGDJ, Paris, 1999, p. 95.

¹⁴ Para verificação da questão no Direito Comparado cf nosso artigo “ Arbitragem na Concessão de Serviço Público - Perspectivas”, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 17:342-54, jul./set. 2002 e em “*Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*”, André Gomma AZEVEDO (org.), Brasília, UNB, Ed. Brasília Jurídica, 2002, p. 45/61.

¹⁵ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, Arbitragem nos Contratos Administrativos, *Revista de Direito Administrativo*, 218/84, jul./set. 1997.

*que o preço de um serviço prestado ao Estado ou o valor de uma indenização fossem fixados por árbitros?*¹⁶

O que se não pode confiar a árbitros são matérias ou atribuições que importem no exercício de um poder de autoridade ou de império e dos quais não se pode transigir. *”Assim, por exemplo, é nula a cláusula que confia à decisão de árbitros a determinação da natureza da corrente elétrica, ou seja, se ela deve ser contínua ou alternada porque, estabelecido pericialmente que a corrente alternada é perigosa, não se pode admitir que os árbitros declarem que ela convém e deve prestar-se.”*¹⁷

Para o mestre portenho as decisões que sobrevenham na execução de um contrato ou sua dissolução, por serem puramente patrimoniais, são arbitráveis.¹⁸ No mesmo sentido preleciona, no direito pátrio, Caio TÁCITO que nos contratos administrativos quando se trata *“tão-somente de cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, não faz sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado ou ao benefício auferido pela Administração em virtude de prestação regular do outro contratante.”*¹⁹

Em artigo pregresso de nossa lavra, em que discorremos sobre o assunto aqui versado concluímos que *“...a Administração Pública pode submeter-se à arbitragem e é conveniente que o faça quando **não se trate de examinar nem decidir sobre a legitimidade de atos administrativos, mas de suas conseqüências patrimoniais**”*²⁰ (grifo no original)

Eros Roberto GRAU ao analisar as particularidades do contrato administrativo firmado com particulares pondera que *“...embora a Administração disponha, no dinamismo do contrato administrativo de poderes que se tornam como expressão de ‘puissance publique’ [alteração unilateral da obrigação, v.g.], essa relação não deixa de ser contratual, os atos praticados pela Administração enquanto parte nessa mesma relação, sendo expressivos de meros ‘atos de gestão’. Em suma, é preciso não confundirmos o Estado –aparato com o Estado-ordenamento. Na relação contratual administrativa o estado-aparato [a Administração] atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o*

¹⁶ Cf Rafael BIELSA, *Estudios de Derecho Publico*, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 290

¹⁷ Op.cit. p. 290.

¹⁸ Op,cit, p. 294.

¹⁹ Cf Caio TÁCITO, “Arbitragem nos Litígios Administrativos”, *Revista de Direito Administrativo*, 210/ 114, out./dez. 1997.

²⁰ Selma M. Ferreira LEMES, “ A Arbitragem e os Novos Rumos Empreendidos na Administração Pública – A Empresa Estatal, o Estado e a Concessão de Serviço Público”, *in Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Pedro Batista MARTINS, Selma M. Ferreira LEMES e Carlos Alberto CARMONA, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 194.

*particular; ambos se submetem à lei [Estado-ordenamento]; ou seja, a Administração não exerce ato de autoridade no bojo da relação contratual.*²¹

Com efeito, é na própria definição de contrato administrativo que encontramos a resposta insofismável a permitir a utilização da arbitragem, ao se referir aos direitos patrimoniais disponíveis. Conforme apregoa Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO o contrato administrativo “*é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições do interesse público, **ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado***”.²² (grifamos) Por sua vez, as espécies de contratos administrativos, nas modalidades de contrato de concessão de serviço público ou de concessão de obra pública, não alteram a natureza patrimonial da avença.²³

Nesta linha, por oportuno, note-se que os contratos de concessão de serviços públicos possuem peculiaridades específicas, tal como acentuado por Maria Sylvia Z. DI PIETRO, “*do duplo aspecto da concessão ainda decorre outra peculiaridade: a submissão da empresa concessionária a um regime jurídico híbrido. Como empresa privada, ela atua, em regra, segundo as normas do direito privado, no que diz respeito à sua organização, à sua estrutura, às suas relações com terceiros (...) como prestadora de um serviço público, suas relações com a Administração concedente se rege inteiramente pelo direito público, já que a concessão é um contrato tipicamente administrativo...*”²⁴.

Todavia, salientamos que não obstante se submeter às regras do direito público, estas não impedem, ao contrário autorizam, a utilização da arbitragem para solucionar os diferendos oriundos do contrato e que digam respeito aos interesses públicos derivados com repercussões patrimoniais, que nos contratos de concessão encontram guarida nas cláusulas financeiras e econômicas (repercussões técnicas e econômicas).

²¹ Eros Roberto GRAU, “ Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória”, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, 18/401, out./dez.2002.

²² Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 15º ed., 2002, p. 569/70.

²³ Contrato de concessão de serviço público, na definição doutrinária, é aquele pelo qual a administração pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração de serviço (arts. 2º, inciso II e 4º da Lei nº 8987/95). O contrato de concessão de obra pública recebe da doutrina a definição de ser aquele pelo qual o poder público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a proporciona (art. 2º, inciso III da Lei nº 8987/95). Cf Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, São Paulo, 4º ed., Atlas, 2002, p. 75 e 127.

²⁴ Op. cit. p. 74.

Os contratos de concessão de serviços públicos possuem cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras são aquelas que outorgam prerrogativas públicas ao concessionário e, as segundas, as que denotam o caráter contratual da obrigação e o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.²⁵

Neste sentido pode-se dizer que todas as questões disciplinadas no contrato de concessão que gravitam em torno dos interesses patrimoniais do contrato são suscetíveis de solução arbitral. Todas as matérias que versarem sobre disponibilidade de direitos patrimoniais, poderão estar sob à égide arbitral. Há de ser notado, igualmente, que a Administração está adstrita ao princípio da legalidade e este prisma coaduna-se com art. 1º da Lei nº 9.307/96: “*as pessoas capazes de contratar [pessoas físicas e jurídicas de direito privado ou público] poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais [entre particulares e entre estes e a Administração] disponíveis [bens apropriáveis, alienáveis que se encontram no comércio jurídico]*”.²⁶

Assim, nos contratos de concessão de serviço público, tudo que diga respeito, tenha reflexo patrimonial e esteja relacionado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato será suscetível de ser dirimido por arbitragem. Seja quando o objeto do contrato de concessão referir-se a obras de construção civil ou à prestação de serviços públicos (efeitos patrimoniais). Por outro lado, as disposições classificadas como regulamentares e atinentes à Administração, previstas no contrato, estariam fora da zona de direito disponível e, portanto, sujeitas à dirimência da jurisdição estatal.

No caso específico de contratos de concessão, tais como os estabelecidos no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, as questões referentes à violação do direito da concessionária à proteção de sua situação econômica, revisão das tarifas e indenizações devidas quando da extinção do presente contrato, inclusive quanto aos bens revertidos, são matérias suscetíveis de serem dirimidas por arbitragem, após esgotadas as negociações amigáveis.²⁷

À guisa de complementação, vale notar, também, as ponderações efetuadas em precedente jurisprudencial que analisou a pertinência da inclusão de cláusula arbitral em contrato que dispunha sobre a adaptação e a ampliação da Estação de Tratamento de Esgotos de Brasília (este era o fim público colimado) objetado pelo Tribunal de Contas da União - TCU.²⁸ O Conselho Especial do

²⁵ Op. cit. p. 77.

²⁶ Cf Cláudio VIANNA DE LIMA, *A lei de Arbitragem e o Art. 23, XV, da Lei de Concessões*, Rio de Janeiro, FETRANSPOR, 1997, p. 4.

²⁷ Vide nota 38, a seguir, em que o Capítulo XXX dos Contratos de Concessão Modelo da ANATEL está reproduzido.

²⁸ Vale notar que persistindo nessa linha, não obstante a manifestação em contrário do precedente judicial mencionado, o TCU vem de objetar a fixação de cláusula arbitral em contrato firmado pela

Tribunal de Justiça do Distrito Federal salientara que “...para sua consecução havia o fornecimento de diversos bens, prestações de obras civis, serviços de montagens eletromecânicas, etc. No caso, havendo dúvidas atinentes a tais disposições, podem perfeitamente ser solucionadas ante o juízo arbitral, tudo visando a eficiente consecução do objeto contratado.”²⁹ Este precedente tornou-se o *leading case* para a matéria e, em voto lapidar, a então desembargadora Fátima Nancy ANDRIGHI ao relatar o Mandado de Segurança em comento pontificou que “...pelo art. 54 da Lei n. 8.666/93, os contratos administrativos regem-se pelas suas 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. Cabe à Administração Pública cumprir as normas e condições constantes do Edital de Concorrência, ao qual está vinculada.”³⁰

Pedro Batista MARTINS, em acurado estudo jurisprudencial em que analisa a questão referente a participação do Estado em arbitragens traça histórico desde as suas origens, perpassa para o trato da questão na ótica da imunidade de jurisdição interna e internacional e, ao final, assevera “...seja na exploração empresarial de atividade econômica, ou na prestação de um serviço público afeta a atos de gestão patrimonial, é legal e recomendável valer-se (e sujeitar-se) o Estado aos efeitos da cláusula compromissória.”³¹

O precedente jurisprudencial citado pode ser analisado invocando o princípio ético-jurídico da boa-fé, pois é ilegítima a alegação de quem negocia (inclui no Edital e no contrato), e depois pretende invalidar a cláusula arbitral. Neste mesma linha ética pondera com muita propriedade Adilson Abreu DALLARI, “...o interesse público não se confunde com o mero interesse da

Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE (Processo TC – 005.250/2002-5, Acórdão da 2ª Câmara, Ata nº 12/2003, em 10.04.2003).

²⁹ Julgamento do Mandado de Segurança n. 1998002003066-9, em 18.05.99 (DJ 18.05.99). v.u., Conselho Especial do TJDF. Observe-se que nenhuma incompatibilidade existe entre o disposto no *caput* do art. 54 da Lei nº 8.666/93 e o art. 23, inciso XV da Lei nº 8.987/95 confrontados com o art. 55, § 2º da Lei nº 8.666/93 (eleição de foro), posto que dispensar entendimento diverso representaria deixar sem efeito o disposto no art. 23, inciso XV da Lei nº 8.987/95, o que indubitavelmente não foi a intenção do legislador. Ademais, note-se que, a cláusula de eleição de foro também está prevista neste artigo. Cf nosso artigo “ A Arbitragem e os Novos Rumos Empreendidos na Administração Pública – A Empresa Estatal, o Estado e a Concessão de Serviço Público”, in *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Pedro Batista MARTINS, Selma M. Ferreira LEMES e Carlos Alberto CARMONA, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 194.

³⁰ Excertos do referido acórdão encontram-se publicados na *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 8, abr./jun. 2000, p. 358/65. Cf Cláudio VALENÇA FILHO, “Arbitragem e Contratos Administrativos”, comentários ao citado acórdão, na mesma obra p. 365/73.

³¹ Pedro Batista MARTINS, O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro anos da Lei n. 9.307/96 (3. parte), *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 12, abr./jun. 2001, p. 333. Ainda observa, quanto à questão de competência, que não se aplicam “às pessoas jurídicas de direito público, nos atos *jure gestionis*, em que há eleição de cláusula compromissória, as regras de competência do STF ou STJ previstas nos arts. 102, f, e 105, II, c, da CF, pois de efeitos processuais e de caráter ancilar.” p.333

Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização concreta da justiça. Inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública”³² (grifamos). É por isso, igualmente, que ao eleger a arbitragem não se está transigindo ou negligenciando com o interesse público; ao contrário, está-se elegendo um modo mais célere e especializado de solucionar controvérsias, que observará os ditames de um julgamento justo, em que o procedimento acolha os princípios da igualdade de tratamento das partes, do contraditório, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (art. 21, § 2º da Lei nº 9.307/96).

Em perfeita sintonia com esta realidade foi que, em Portugal, o Conselho de Ministros fez publicar a Resolução nº 175/2001 de 05.12.01, presidida pelo Primeiro Ministro António Guterres (Diário da República nº 299, 28.12. 01, p. 8501), que ao incentivar e recomendar os métodos extrajudiciais de solução de controvérsias advertiu: *“o reforço da qualidade da democracia e o aprofundamento da cidadania sugerem também a construção de uma nova relação do Estado com os cidadãos e as empresas. Exigem que o Estado, ele mesmo, voluntariamente aceite e promova exemplarmente a resolução de seus litígios fora dos tribunais, quer confiando a decisão a um terceiro neutral que arbitraré quer admitindo o auxílio de um mediador desprovido dos poderes de imposição de um juízo vinculativo.”* ³³

³² Adilson de Abreu DALLARI, “Arbitragem na Concessão de Serviço Público”, *Revista Trimestral de Direito Público*, 13/9, 1996.

³³ A citada Resolução preceituou, com fundamento no art. 199, alínea “g” da Constituição Portuguesa, que estabelece que compete à administração praticar todos os atos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento econômico-social e à satisfação das necessidades coletivas: *“1 – Reafirmar o firme propósito de promover e incentivar a resolução de litígios por meios alternativos, como a mediação ou a arbitragem, enquanto formas céleres, informais, económicas e justas de administração e realização da justiça. 2 - Assumir e afirmar que o Estado, nas suas relações com os cidadãos e com as outras pessoas colectivas, pode e deve activamente propor e aceitar a superação dos diferendos em que ele mesmo seja parte com recurso aos meios alternativos de resolução de litígios. 3 - Determinar que, no contexto da negociação de contratos em que o Estado ou outras pessoas colectivas públicas que integram a administração estadual indirecta sejam parte, se proponham e convençionem cláusulas que privilegiem a composição de diferendos com recurso aos meios alternativos de resolução de litígios, nos termos da lei. 4 – Recomendar que, no contexto da negociação de contratos em que seja parte uma entidade integrada no sector empresarial da Estado, se proponham e convençionem cláusulas que privilegiem a composição de diferendos com recursos a meios alternativos de resolução de litígios, nos termos da lei. 5 – Determinar que, no desenvolvimento das suas atribuições, o Estado e outras pessoas colectivas públicas que integram a administração estadual indirecta proponham e adoptem soluções concretas de mediação e de arbitragem como modalidades, preventivas e alternativas, de composição de litígios com os cidadãos, as empresas e outras pessoas colectivas. 6 – Fazer novamente*

III- O Modo Amigável de Solução de Divergências Contratuais como Cláusula Essencial nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos

A inclusão das formas extrajudiciárias de solução de controvérsias nos contratos de concessão de serviços públicos, consoante disposto no art. 23, inciso XV, da Lei nº 8.987, de 13.02.95, reitera-se, representa importante mudança de paradigma a regular o moderno direito administrativo brasileiro, em que se procura novas formas de gestão pública que melhor se coadunem com os atuais papéis atribuídos ao Estado. Verifica-se, assim, por coerência e justiça, uma mudança de postura e tratamento em relação aos particulares, seus parceiros, que são considerados colaboradores da Administração.³⁴ Neste diapasão, o legislador procurou estabelecer um equilíbrio entre os direitos e deveres da Administração e os direitos e deveres do parceiro privado, determinando a inserção, nos contratos de concessão de serviços públicos, na categoria de cláusula essencial a eleição de foro e o modo amigável de solução de divergências, entre elas a arbitragem, haja vista ser a celeridade e especialidade um dos principais atributos desta forma extrajudiciária de solução de controvérsias, e que representa importante fator de otimização do contrato administrativo.

Note-se que a inserção de cláusulas que, a bem do interesse público atendem aos interesses tanto da administração como do particular, foi objeto de análise de Themístocles CAVALCANTI ao enfatizar que “... parece-me que a administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contrataram, a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário ou prolongando o processo administrativo, com diligências intermináveis.”³⁵

A Lei de concessão de serviço público ao dispor como cláusula essencial nos contratos de concessão (Lei nº 8.987/95, art. 23, inciso XV) às

saber que, sem prejuízo da escolha de arbitragem ad hoc, os centros de arbitragem legalmente reconhecidos e institucionalizados constituem hoje uma oferta merecedora de especial confiança e indiscutível aceitação para actuarem nos diferendos acima referidos.”

³⁴ Os contratos administrativos podem ser de colaboração e de atribuição. Nos contratos de colaboração o particular se obriga a prestar ou realizar algo para a Administração e nos contratos de atribuição a Administração confere ao particular determinadas vantagens ou direitos, tal como o uso especial de bem público. Cf Hely Lopes MEIRELLES, op.cit. p.207.

³⁵ RDA 45/517 Apud Eros Roberto GRAU, “Da Arbitrabilidade de Litígios envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória”, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, 18/401, out./dez.2002.

questões referentes ao foro e ao modo de solução das divergências contratuais está ampliando e esclarecendo o previsto no art. 54 da Lei nº 8.666/93, tudo sob o manto constitucional, haja vista o disposto nos arts. 173, § 1º, II e 175, § único, I da CF/88.

Adverte Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, que com o advento da Lei nº 8.987/95 nenhuma dúvida mais pode pairar quanto ao uso da arbitragem e que o legislador erigiu em cláusulas essenciais, portanto obrigatórias, os modos de solucionar amigavelmente controvérsias e que não são outros do que a mediação, a conciliação e a arbitragem, salientando que “... *o importante é ter-se patenteado um reconhecimento inequívoco da Lei, este sim, bem definido, de que há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem não é apenas aceitável, porém, mais que isso, recomendável como alternativa ao litígio judicial. E neste ponto reside a inovação oportuna e modernizadora introduzida pelo legislador brasileiro.*”³⁶ (negrito do autor)

Neste sentido, não resta a menor dúvida da necessidade de os contratos de concessão disporem sobre a arbitragem quando a negociação ou a conciliação, utilizadas prévia e preferencialmente, não lograram dissipar a controvérsia.³⁷

Com efeito, verifica-se que o objetivo do legislador ao incluir a solução extrajudicial de controvérsias foi de contrabalançar as necessidades do Estado e os interesses do particular, procurando firmar a igualdade jurídica entre as partes, priorizando a composição amigável e a arbitragem que, com mais propriedade, se coadunam com os objetivos do contrato de concessão (contrato de colaboração). Nesta linha as formas extrajudiciárias de solução de conflitos inaugurada com a Lei nº 8.987/95, art. 23, inciso XV, passaram a ser incluídas nas legislações posteriores, aprimorando a aplicação do instituto da arbitragem. No âmbito dos contratos de concessão firmados pela ANATEL, estabeleceu a Lei nº 9.472/97, no art. 93, XV que esses contratos disporão sobre o foro e o modo extrajudicial de

³⁶ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Arbitragem nos Contratos Administrativos*, RDA 209/88, jul./set. 1997. No mesmo sentido verificar Adilson de Abreu DALLARI, “Arbitragem na Concessão de Serviço Público”, *Revista Trimestral de Direito Público*, 13/7, 1996.

³⁷ E, ainda mais. Os contratos administrativos, ainda que não se refiram à concessão de serviços públicos, a teor do disposto no art. 54 da Lei nº 8.666/93, devem enaltecer a solução arbitral, a bem do interesse público. A boa e oportuna administração da Justiça pelo Judiciário devem priorizar as questões que não digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis, bem como é papel do Estado e de suas empresas públicas e sociedades de economia mista envidar esforços neste sentido, além de dar o exemplo à sociedade. Assim, matérias que digam respeito aos interesses públicos derivados, de natureza instrumental, devem ser solucionadas por arbitragem (inclusive para otimizar a gestão pública, posto que ao estabelecer o preço dos serviços ou obras o contratante privado leva em consideração os custos que incorrerá com possíveis e futuras demandas judiciais duradouras). Por isso, decisões esporádicas e dissociadas da realidade (dir-se-iam anacrônicas), no âmbito dos órgãos incumbidos de revisar os atos administrativos, que ainda não se ativeram às modernas técnicas administrativas existentes no novo cenário que une o contratante público e o privado, deveriam rever e analisar a pertinência da arbitragem como meio idôneo de solucionar diferendos contratuais.

divergências contratuais.³⁸ No mesmo sentido a Lei nº 9.478/97, art. 43, X, para

³⁸ No âmbito da ANATEL o modelo de contrato de concessão de serviços (de diversas especialidades) prescreve a arbitragem no Capítulo XXX, a seguir reproduzido: “**Capítulo XXX - Da Arbitragem. Cláusula 30.1.** - Os eventuais conflitos que possam surgir em matéria da aplicação e interpretação das normas da concessão serão resolvidos pela ANATEL no exercício da sua função de órgão regulador conforme prescrito nos artigos 8º e 19 da Lei nº 9.472, de 1997, podendo a Concessionária recorrer ao procedimento de arbitragem disposto no presente Capítulo exclusivamente quando inconformada com a decisão da ANATEL relativa às seguintes matérias: I - violação do direito da Concessionária à proteção de sua situação econômica, conforme prescrito no Capítulo XII; II - revisão das tarifas, prevista no Capítulo XII; e III - indenizações devidas quando da extinção do presente Contrato, inclusive quanto aos bens revertidos. **Parágrafo único** - A submissão de qualquer questão à arbitragem não exime a ANATEL e a Concessionária da obrigação de dar integral cumprimento a este Contrato, nem permite a interrupção das atividades vinculadas à concessão. **Cláusula 30.2.** - O processo de arbitragem terá início mediante comunicação remetida por uma parte à outra, requerendo a instalação do Tribunal Arbitral de que trata este Capítulo e indicando detalhadamente a matéria em torno da qual gira a controvérsia. **Parágrafo único** - A ANATEL poderá rejeitar a instalação do Tribunal Arbitral se, motivada e justificadamente, demonstrar que a controvérsia não se enquadra no rol de matérias prevista na cláusula 30.1. **Cláusula 30.3.** - O Tribunal Arbitral será composto por 5 (cinco) membros, assim nomeados: I - 2 (dois) membros efetivos e respectivos suplentes indicados pelo Conselho Diretor da ANATEL dentre especialistas nas áreas afetas à matéria controvertida, não pertencentes aos seus quadros, sendo pelo menos um, que o presidirá, detentor de conhecimentos específicos em regulamentação jurídica de telecomunicações; II - 2 (dois) membros efetivos e respectivos suplentes indicados pela Concessionária, dentre especialistas nas áreas afetas à matéria controvertida, que não sejam seus empregados, sendo pelo menos um detentor de conhecimentos específicos em regulamentação jurídica de telecomunicações; e III - 1 (um) membro efetivo e respectivo suplente indicado pelos membros referidos nos incisos anteriores. **§ 1º** - O Tribunal Arbitral poderá ser assistido pelos peritos técnicos que considere conveniente designar. **§ 2º** - Considera-se constituído o Tribunal na data em que todos os árbitros aceitarem as suas indicações e comunicarem a ambas as partes as suas aceitações. **§ 3º** - O Tribunal julgará segundo o direito constituído e suas decisões têm força cogente, independentemente de homologação judicial. **Cláusula 30.4.** - Não tendo sido rejeitado pela ANATEL ou sendo superado tal questionamento, será iniciado o Processo versado no presente Capítulo, o qual obedecerá ao seguinte procedimento: I - as partes terão 10 (dez) dias contados do recebimento da comunicação de que trata o *caput* da cláusula anterior, para indicar os membros do Tribunal Arbitral, o qual será instalado imediatamente após a aceitação de todos os seus membros; II - estando inerte uma das partes ou tendo oferecido resistência à instalação do Tribunal Arbitral, a outra parte poderá se utilizar da faculdade prevista no art. 7º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996; III - instalado o Tribunal Arbitral, será aberto prazo sucessivo de 25 (vinte e cinco) dias para que as partes apresentem suas razões sobre a matéria controvertida, podendo nesta oportunidade apresentar laudos, perícias, pareceres, juntar documentos ou informações que entendam relevantes para sustentar sua posição; IV - apresentados os memoriais, o Tribunal analisará as razões expostas e poderá, por requerimento de um de seus membros, determinar a elaboração de laudos, perícias ou pareceres, solicitar informações ou documentos para as partes, bem como realizar diligências e tomar as providências que entenda necessárias para a perfeita instrução da matéria controvertida; V - durante a coleta dos elementos a que se refere o inciso anterior, serão sempre permitidos às partes a manifestação e o contraditório, obedecidos os princípios da informalidade, da consensualidade e da celeridade que pautarão o procedimento; VI - declarada encerrada a instrução, será concedido prazo comum de 15 (quinze) dias para que as partes apresentem suas alegações finais; VII - transcorrido o prazo prescrito no inciso anterior, independentemente da apresentação das alegações finais, o Tribunal proferirá sua decisão em prazo não superior a 30 (trinta) dias; VIII - da decisão do Tribunal Arbitral não caberá recurso, exceto pedido de reconsideração, cabível apenas na hipótese da decisão ter sido adotada por maioria de apenas um

os contratos de concessão firmados pela Agência Nacional de Petróleo-ANP estabelecerão as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional. A Lei nº 10.233/01, no art. 35, inciso XVI, estabelece que, nos contratos de concessão de transporte aquaviário, haverá cláusula que disponha sobre as controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, estipulando a conciliação e arbitragem, etc. Impende observar que, no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, o denominado Mercado Atacadista de Energia - MAE, dispõe como cláusula obrigatória dos contratos a solução de controvérsias por arbitragem, a teor do disposto na Lei nº 10.233, de 24.04.02, art. 2º, §§ 3º a 5º e na Resolução da ANEEL nº 102, de 01.03.02, que institui a Convenção do Mercado Atacadista de Energia e a forma de funcionamento do MAE.³⁹

Conclui-se, portanto, que os contratos de concessão de serviços públicos, não apenas podem estabelecer a solução de controvérsias por arbitragem, como devem assim proceder. O Edital e o contrato de concessão ao obrigatoriamente disporem nas denominadas cláusulas essenciais sobre a negociação, conciliação, mediação e arbitragem, poderiam, por exemplo, estabelecer que as divergências referentes às compensações ou indenizações decorrentes das modificações dos serviços contratados, por razões de interesse público, atrasos imputáveis ao concedente durante o período da construção etc; enfim, as controvérsias surgidas quanto à interpretação ou aplicação do contrato e que representassem ônus ao concessionário seriam submetidas a uma Comissão de Conciliação e Arbitragem, que observaria um regulamento próprio disposto previamente pelo poder concedente, fundamentando-se nos princípios jurídicos presentes na conciliação e na arbitragem, que prevêm a igualdade de tratamento das partes, o direito ao contraditório e a independência e imparcialidade dos árbitros e conciliadores.⁴⁰

voto; eIX - só caberá invalidação do processo de arbitragem nas hipóteses prescritas no art. 32 da Lei nº 9.307/96. **Parágrafo único** - As despesas com o processo de arbitragem, abrangendo, inclusive, as custas de laudos, pareceres e perícias, bem como os honorários dos membros do Tribunal, serão imputadas à Concessionária ou à ANATEL, conforme decisão do Tribunal Arbitral.” www.anatel.gov.br (biblioteca/contratos).

³⁹ Vide nota 50 infra.

⁴⁰ Note-se, que no âmbito latino-americano, importantes passos foram dados no Chile na área de solução de controvérsias em contratos de concessão de serviços públicos. Em decorrência do Decreto com Força de Lei – DFL nº 164/91 limitou-se os poderes públicos do Estado nos contratos de concessão, procurando a igualdade jurídica das partes. Foi estabelecido importante e profícuo sistema de conciliação e arbitragem, haja vista a jurisprudência arbitral advinda, principalmente após a instituição da “*Comisión Conciliadora*” pelo Decreto Supremo do Ministério de Obras Públicas – MPO nº 900 de 1996. Referida Comissão estabelece interessante procedimento de constituição, inclusive de Comissão Arbitral (portanto, com poderes jurisdicionais) e os árbitros indicados pelas partes atuarão como “*árbitros arbitradores*”, isto é, a decisão deverá ser por equidade, opção comumente adotada naquele país, inclusive para as arbitragens privadas. Conferir excelente artigo da lavra de Juan Eduardo FIGUEROA VALDÉS, “*La Resolución de Controversias en la Ley Chilena de Concesión de Obras Públicas*”, na web: www.camsantiago.com (seção “*artículos*”).

Em suma, é um imperativo imposto pelo legislador (art. 23, inciso XV da lei n. 8987/95) que, ao assim proceder, teve como fundamento propiciar às partes, quando factível, modo célere de solução de controvérsias e, em consequência, dar efetividade aos princípios de direito aplicáveis no campo obrigacional, tais como a boa fé, evitar locupletamento ilícito, etc, cuja vertente pública se reflete no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos que firmam com os particulares.⁴¹ Neste sentido preleciona Caio TÁCITO que: “ *A convenção de arbitragem será, em tais casos, caminho aberto a que, pelo acordo de vontades, se possa alcançar a plena eficácia da relação contratual. A discriminação entre as hipóteses, tendo como fundamento a natureza própria das obrigações contratuais, está a merecer tratamento no plano normativo que faculte, nos contratos administrativos, equivalência entre partes desiguais, de tal modo que as prerrogativas da Administração não onerem excessivamente a outra parte ou eliminem a fruição do direito do contratante privado.*”

*Se, indubitavelmente, em certos casos, o princípio da indisponibilidade do interesse público repele o compromisso arbitral, não há por que obstar o benefício da transação quando a natureza da obrigação de conteúdo mercantil, a ser cumprida pelo órgão público, possibilita que ao acordo de vontade, fruto do vínculo bilateral, possa igualmente suceder o procedimento amigável como dirimente de eventual discrepância no entendimento da latitude da obrigação do administrador”.*⁴²

IV – A Privacidade e o Sigilo na Arbitragem e a Publicidade da Administração

A segunda questão a ser tratada consiste em abordar quanto à privacidade e o sigilo, que costumeiramente estão presentes durante o procedimento arbitral, bem como depois da prolação da sentença e a problemática que envolve as arbitragens realizadas entre o concessionário e a Administração, surgindo a indagação: como conciliar tais procedimentos com os princípios da publicidade e transparência que devem pautar os atos da Administração

⁴¹ Neste particular observa o professor paranaense Romeu Felipe BACELLAR FILHO, que o contrato administrativo não se liberta das características ínsitas de qualquer avença. Como consectário de uma obrigação, o contrato resulta de um acordo de vontades. “ *A autonomia da vontade é elemento imprescindível a ser observado em qualquer contratação. Do mesmo modo os princípios *lex inter partem* e *pacta sunt servanda*, fazem certo que o contrato é a lei entre as partes e que estas, devidamente ajustadas, devem observar o que foi pactuado.*” Cf. “A Natureza Contratual das Concessões e Permissões de Serviço Público”, *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, nº 94, 4º trimestre, 2000, p. 55.

⁴² Op. cit. p. 114/5.

decorrentes de preceito constitucional e submetidos a rígidos controles exercidos pelo Tribunal de Contas da União ou dos Estados?

É de conhecimento corrente que a privacidade e o sigilo (confidencialidade) são atributos desejáveis na arbitragem.⁴³ A privacidade está relacionada com o local em que a arbitragem é processada e quanto à matéria discutida, no sentido de não permitir a 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.

Sustenta a doutrina, na pena de CHÁVEZ BARDALES que *“a natureza privada da arbitragem está intimamente vinculada com o dever de confidencialidade, de tal forma que a primeira facilita a última.”*⁴⁴ (tradução livre) Note-se que de nada adiantaria preservar ou manter a privacidade das audiências se após fosse divulgado o que nela fora tratado. Nas arbitragens comerciais questões sensíveis à concorrência são discutidas, tais como, matérias vinculadas ao *know how*, técnicas comerciais, estratégias de negócios que se divulgadas causariam prejuízos às partes na contenda arbitral.⁴⁵ O estudioso peruano referindo-se a precedente jurisprudencial inglês conhecido como caso Hassneh anota que *“a confidencialidade dos documentos produzidos no transcurso ou exibidos com o propósito de uma arbitragem é, no direito inglês, um produto de direito tácito de privacidade.”*⁴⁶ (tradução livre)

No âmbito estritamente privado estas questões devem estar dispostas pelas partes nos contratos firmados ou em documentos apartados ou, ainda, nos

⁴³ Recentemente o Prof. Alejandro GARRO, da Columbia Law School, em entrevista observou, quanto ao sigilo e a publicidade do processo judicial, que *“...o princípio geral da arbitragem é que, ao contrário do Judiciário, onde tudo e todos se tornam fatores de interesse público (a não ser que haja uma relevante razão para exceção), na arbitragem o sigilo é a regra, e a transparência ou abertura para terceiros é uma exceção. Mas isso é o máximo que se pode alcançar genericamente. Em um caso recente decidido por uma corte australiana, um fornecedor de combustível encontrou refúgio no sigilo da arbitragem para evitar o vazamento de informações abertas no procedimento, tais como os detalhes no cálculo de aumento dos preços da indústria de combustível. O Judiciário sustentou que o sigilo, no ponto em que era um atributo da arbitragem, não serviria como desculpa para a recusa de uma das partes em revelar informações relevantes para a decisão do caso. Em um outro caso recente, dessa vez na Suíça, o Judiciário sustentou que o princípio da boa-fé e de um acordo justo, no contexto da arbitragem, impõe o dever do sigilo entre as partes. Similar divergência pode ser encontrada entre as cortes da Inglaterra e dos Estados Unidos, no que tange ao sigilo sobre os documentos apresentados durante a arbitragem. Uma corte inglesa sustentou que o dever implícito de sigilo se estende a todos os documentos envolvidos na arbitragem, enquanto uma corte americana defende que, a não ser que haja acordo das partes, nenhum sigilo envolve os documentos apresentados ou produzidos na arbitragem.”* Cf Boletim Informativo CAMARB, 1º trimestre de 2003, www.camarb.org.br

⁴⁴ Enrique Miguel CHÁVEZ BARDALES, *Privacidad y Confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional*. www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/privacidad-arbitraje.html

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

regulamentos das instituições arbitrais para não prejudicar o interesse das partes, pois não há previsão a respeito na lei brasileira, a não ser a discricção exigida do árbitro (art. 13 § 6º). É de ser notado, contudo, que geralmente os Regulamentos das Instituições Arbitrais dispõem a respeito.⁴⁷ 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 (*Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI, Recueil des Décisions de Procédure dans l'Arbitrage CCI*) e publicadas em compêndios e revistas especializadas (*Yearbook Commercial Arbitration- ICCA, Bulletin de L'Association Suisse de L'Arbitrage- ASA, Revue de L'Arbitrage, Revista de La Corte Española de Arbitraje, Arbitration International, Journal of International Arbitration, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, etc*).

Na seara doméstica já ensaiamos os primeiros passos na área dos precedentes arbitrais setoriais. É o que se verifica na Convenção de Arbitragem do MAE ao estabelecer, na cláusula 16, que “a Câmara disponibilizará aos árbitros do Tribunal Arbitral os extratos de sentenças já proferidas decorrentes desta Convenção, que poderão ser consideradas para efeito meramente orientativo.” O precedente jurisprudencial arbitral é meramente orientativo (portanto, como sói acontecer, sem efeito vinculante), mas possui funções terapêuticas, pois poderão existir precedentes similares, dos quais defluem a fixação de conceitos e a aplicação de princípios que poderão ser utilizados em outros casos. Aliás, esta prática é muito utilizada em arbitragens internacionais, em que os precedentes dos casos da CCI ou do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos - CIRDI, por exemplo, são citados por seus números (nos casos do CIRDI pelo nome das partes envolvidas) e se tornam célebres por fixar conceitos e invocar princípios que passam a ser paradigmas para outras decisões.

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. Os registros dos processos são publicados no *ICSID Annual Report*. A confidencialidade deve ser mantida pelos árbitros e pessoas que atuaram no processo, salvo consentimento das partes em contrário. Por sua vez, as deliberações e decisões do tribunal arbitral são reservadas e mantidas em sigilo. A sentença arbitral só será publicada se as

⁴⁷ Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional -CCI, arts.20.7 e 21.3; Lei Modelo da Uncitral, art. 25.4; Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo CIESP/FIESP, art. 17.4; Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, arts. 9.8 e 9.9; Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, art. 7.3; etc.

partes anuírem nesse sentido, mas o CIRDI poderá publicar excertos da sentença arbitral no que concerne às regras legais aplicadas pelo tribunal arbitral.⁴⁸

A confidencialidade no âmbito do CIRDI e em decorrência de outros tratados internacionais em que interesses públicos estão envolvidos, vem recebendo flexibilização normativa, tal como, o Capítulo XI do NAFTA⁴⁹ (refere-se a investimentos e as arbitragens são instauradas por particulares contra o Estado receptor do capital), que permite que terceiros, não parte na controvérsia, manifestem-se perante as partes, solicitando ao Tribunal Arbitral esclarecimentos sobre a interpretação do Acordo do NAFTA. Esta flexibilização tem por fundamento o princípio da transparência e as normas de contabilidade pertinentes às boas práticas de governanças difundidas atualmente e que propendem à divulgação das sentenças arbitrais.

No caso específico dos contratos de concessão de serviços públicos, poder-se-ia inferir que as audiências e documentos fossem mantidos em privacidade para preservar as partes, mas os resultados das decisões arbitrais, existindo exigência legal, passam a ser de conhecimento geral, salvo se for de interesse da Administração e do concessionário a manutenção de sigilo, mas mesmo assim seria mantido em termos, pois a Administração (poder concedente) está sujeita ao controle do Tribunal de Contas da União ou dos Estados. Ademais, importa observar, que o contrato firmado entre a Administração e o concessionário é fruto de um processo de licitação, no qual a transparência e publicidade são inerentes.

Nas arbitragens referentes ao Mercado Atacadista de Energia – MAE, a regra é observar a privacidade e o sigilo (ou confidencialidade), desde que não exista impedimento legal.⁵⁰ Não serão consideradas informações confidenciais

⁴⁸ Cf Margrete STEVENS, “*Confidentiality Revisited*”, ICSID News, vol. 17, Spring, 2000. www.worldbank.org/icsid/news/news.htm Sobre o CIRDI ou ICSID cf nosso artigo “ A Sentença Arbitral”, nota de rodapé 8, Revista Conjur de 23.12.02, www.conjur.com.br, Revista Justilex, nº 15, março 2003, p.58/60 e www.servilex.com.pe

⁴⁹ Cf nosso artigo MERCOSUL E NAFTA- Os acordos de Proteção e Promoção de Investimentos. A Solução de Controvérsias por Arbitragem, *Arbitragem na Era da Globalização*, José Maria Rossani GARCEZ, org., Rio de Janeiro, 2º ed., 1999, p. 215/253. Note-se que as arbitragens no âmbito do MERCOSUL são de direito internacional público e os laudos arbitrais são divulgados e publicados. Até o momento houve 9 processos instaurados e os postulantes são os Estados (e não os particulares), cf www.mercosul.gov.br/normativas .

⁵⁰ A Convenção Arbitral foi aprovada pela 13ª Assembléia Geral Extraordinária (AGE) do MAE realizada em 10/06/2002 e rerratificada na 14º AGE do MAE, encerrada em 17/07/02, entrando em vigor a partir da data de sua aprovação pela ANEEL. A Convenção de Arbitragem do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE, cláusula 18, estabelece que as partes, os árbitros, testemunhas, membros da Câmara deverão abster-se de comunicar, revelar ou disponibilizar a terceiros, no todo ou em parte, os documentos, dados, informações a que tiver acesso em razão do procedimento arbitral, salvo se tiver autorização expressa de todos os envolvidos no processo. Por oportuno note-se que as arbitragens referentes ao Mercado Atacadista de Energia – MAE terão curso na Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas – FGV. (cf Boletim Energia – ANEEL, nº 64, 12/19.02.2003). Por sua vez o Regulamento de Arbitragem da Câmara FGV, no art. 59, prevê que o processo será absolutamente sigiloso e que a confidencialidade deverá ser

aquelas que qualquer uma das partes possa comprovar serem de domínio público. As informações serão consideradas de domínio público se tiverem sido obtidas de outra fonte que não através do procedimento arbitral em questão e desde que não seja violado acordo de confidencialidade a que estiverem vinculadas as partes. Todavia, referidas informações poderão ser divulgadas por exigência das leis aplicáveis ou por ordem, decreto, regulamento ou norma governamental ou, ainda, conforme exigido por qualquer intimação legal ou outro procedimento atinente a processos judiciais, administrativos ou arbitrais.

Assim, por fim e ao cabo, faz-se mister esclarecer que efetivamente não existe uma regra fixa e imutável quanto à privacidade, sigilo ou confidencialidade, tanto para as arbitragens eminentemente privadas, como para as arbitragens estatais ou quase-estatais. Os acordos de confidencialidade ou sigilo (inclusive as disposições dos regulamentos de arbitragem), deverão ser respeitados, sob pena de serem cometidos ilícitos contratuais⁵¹ que, evidentemente, serão afastados diante de preceito legal que imponha a publicidade. Ainda, à guisa de complementação, vale observar que a par do que ocorre em processos administrativos no âmbito da legislação de defesa da concorrência (Lei nº 8.884/94), especificamente nos processos que analisam Atos de Concentração, há tratamento especial para documentos sigilosos das empresas, formando-se autos em apartado. No âmbito internacional, há de ser notado que semelhante disposição é seguida, por exemplo, nas diretrizes do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio – OMC,⁵² em que informações comerciais e estratégicas das empresas são mantidas em confidencialidade, não obstante os relatórios circularem entre os representantes dos países membros.

Isto posto, concluímos que tanto os interesses públicos devem ser respeitados e, portanto, a decisão arbitral receber a divulgação pertinente quando determinado por lei, mas também os interesses do concessionário deverão ser preservados, no sentido de manter a adequada privacidade nas audiências, bem como quanto aos documentos comerciais e estratégicos das empresas que instruírem o processo arbitral, salvo, evidentemente, disposição em contrário das partes ou determinação legal.

observada pelas partes e todos que atuarem no processo, inclusive os membros da Câmara da FGV. Note-se, igualmente, que no site da instituição está esclarecido que *“no procedimento arbitral as audiências têm caráter restrito, não abertas ao público, sendo a confidencialidade garantida pelo fato de somente as partes receberem cópia da sentença”*. www.fgv.br

⁵¹ E não violação legal, posto que como mencionado acima não existe previsão legal de confidencialidade, a não ser o disposto no art. 13, p. 6 da Lei n. 9307/96, que se aplica aos árbitros.

⁵² Ata Final da Rodade Uruguai do GATT, que instituiu a Organização Mundial do Comércio - OMC Anexo 2 do Tratado de Marraqueche, denominado “Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias”, Decreto nº 1355, de 29.12.94 (DOU 31.12.94).