

DUVAL VIANNA *

Objetiva o presente estudo verificar a possibilidade de as pessoas jurídicas de direito público convencionarem a arbitragem para solução de seus litígios¹.

1. A arbitragem.

Por meio da arbitragem resolvem-se litígios sem a intervenção de um juiz de direito ou de qualquer outro órgão estatal.

Prescreve a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96 – LA) que para convencionar a arbitragem é preciso que as pessoas sejam capazes de contratar e que os litígios sejam relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Convencionada a arbitragem, as partes ficam impossibilitadas – salvo consenso – de resolver os litígios por via diversa do juízo arbitral.

Vale dizer, as partes, no momento em que convencionam a arbitragem, se obrigam a resolver litígio decorrente da execução de um determinado contrato exclusivamente através do juízo arbitral.

Tanto é assim que, caracterizado o litígio, se algum dos litigantes ingressa em juízo para em sede estatal dirimir a questão, a outra parte poderá opor, com êxito, a exceção de arbitragem, o que levará à extinção do processo judicial sem exame de mérito².

A arbitragem se convencionada através (1) da cláusula compromissória e (2) do compromisso arbitral.

* Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, aposentado. Diretor do Instituto dos Advogados Brasileiros – IA – biênio 2010/12. Diretor-Presidente do Centro de Mediação e Arbitragem do Rio de Janeiro – CEMARJ.

¹ Este artigo torna pública a revisão do entendimento do autor a respeito do assunto, manifestado em livro e artigos publicados, bem como em palestras feitas até a presente data.

² Artigo 267, VII, CPC.

No primeiro caso, as partes celebram um contrato e, neste mesmo instrumento ou em separado, convencionam a arbitragem, ou seja, se obrigam a levar ao juízo arbitral todos os litígios que derivarem da execução daquele contrato.

Assim, a cláusula compromissória visa regular a *solução de litígios eventuais e futuros* decorrentes de uma determinada relação contratual.

No caso do compromisso arbitral, já caracterizado o litígio, os interessados decidem submeter o conhecimento dele ao juízo arbitral.

Esta decisão poderá ser tomada mesmo que já proposta ação judicial e terá o condão de extingui-la sem julgamento de mérito.

O compromisso arbitral servirá, portanto, para regular a *solução de litígios existentes*, derivados não só de relações contratuais, como também de outras (relações de vizinhança, por exemplo).

2. A renúncia.

Como se vê, ao convencionar a arbitragem, *as partes renunciam ao caminho judicial*, à prestação jurisdicional que lhes é oferecida e garantida por dispositivo constitucional com galas de cláusula pétreas.

Esta necessária renúncia foi seriamente questionada, principalmente após a edição da LA, uma vez que, antes dela, o instituto da arbitragem entre nós era pouco conhecido e muito menos utilizado, não merecendo a atenção dos doutrinadores e não acarretando discussões judiciais, salvo nos processos de homologação de sentença arbitrais estrangeiras.

Com efeito, a LA deu nova dimensão à cláusula compromissória e à sentença arbitral – e por isto o seu sucesso, em grande parte – ensejando a instituição do processo de arbitragem sem necessidade de ser firmado compromisso, se ocorrer o litígio e conferindo à sentença arbitral o *status* de título judicial, independentemente de ser validado ou homologado pelo Judiciário, como acontecia.

3. Antecedentes históricos. A constitucionalidade da arbitragem.

O juízo arbitral, até o advento da LA, foi utilizado – entre nós – em raras ocasiões.

O primeiro impedimento decorria da noção arraigada de que a cláusula compromissória, por si, não seria suficiente para submeter os contratantes à arbitragem.

Mesmo que houvesse previsão no contrato – cláusula compromissória –, o litígio superveniente só poderia ser resolvido pelo juízo arbitral havendo concordância dos envolvidos ou se firmado o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória era tida como simples promessa. Nada mais³. Havia, inclusive, legislação deixando expressa esta condição. O Decreto 3.900 de 1867⁴ assim estipulava:

A cláusula de compromisso [cláusula compromissória], sem a nomeação dos árbitros relativa a questões eventuais, não vale senão como promessa, e fica dependente para sua perfeita execução de **novo e especial acordo das partes** [compromisso], não só sobre os requisitos do art. 773, como também sobre as declarações do artigo seguinte. (nosso negrito)

A legislação posterior (códigos estaduais de processo, códigos federais de 1939 e 1973), não se referiu à cláusula compromissória, regulando-se apenas o compromisso pelo Código Civil de 1916.

E assim, ocorrendo o conflito, a instituição da arbitragem era frustrada na maioria das vezes, já que o devedor ou o inadimplente não tinha, como é evidente, o menor interesse em validar a promessa feita no contrato e assinar o compromisso, preferindo submeter-se ao processo judicial, aproveitando-se de sua conhecida morosidade.

Não obstante, vigorou entre nós, a partir de 1932, o Protocolo de Genebra, editado em 1923 e ratificado pelo Decreto 21.187/32, com a condição de que a sua aplicação se limitasse aos contratos considerados de direito comercial na legislação brasileira.

Cada um dos Estados contratantes **reconhece a validade**, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição dos Estados contratantes diferentes, **de compromissos ou de cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam**, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, **a submeter**, no todo ou em parte, **as divergências que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem**, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita a qualquer das partes do contrato.⁵ (nosso o negrito)

O fato é que, somente após a vigência da LA a jurisprudência passou a aceitar sem maiores restrições o fato de que a cláusula compromissória seria suficiente para garantir a instituição do juízo arbitral. Apesar disto e lamentavelmente,

³ VIANNA, Duval – LEI DE ARBITRAGEM – Editora Esplanada – Adcoas – Rio de Janeiro, 1998 – pp. 18/22 e 50/54

⁴ Redação repetida pelo Dec. 3.084 de 1898.

⁵ Vale ressaltar que o Brasil subscreveu outra convenção internacional importante, a Convenção de Nova York, em 1958, onde consta dispositivo bastante parecido com o da Convenção de Genebra. Entretanto, somente se tornou parte do nosso direito interno em 2002, quando foi promulgado pelo Decreto 4.311, quando já vigorava, desde 1996, a LA.

encontram-se decisões relativamente recentes, de tribunais importantes, em franca dissonância com esta tendência⁶, revelando um completo desconhecimento da matéria e da evolução histórica do instituto.

Em segundo lugar, o laudo arbitral, nome pelo qual era denominada a decisão proferida pelo árbitro, só tinha eficácia depois de homologado por sentença judicial, acarretando a necessidade de instauração de um processo judicial, sujeito aos recursos e expedientes protelatórios que lhe são inerentes.

Esta condição de eficácia, além do mais, dificultava a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras pelo STF, uma vez que na legislação da maioria dos países ocidentais o laudo arbitral independia de homologação e o STF entendia que a sentença estrangeira suscetível de homologação no Brasil não era o laudo arbitral, mas sim a decisão judicial ou do órgão público equivalente que tivesse chancelado o laudo no país de origem⁷. Assim, indeferia a maioria dos pedidos de homologação e o juízo arbitral realizado no estrangeiro se frustrava, beneficiando, na grande maioria das vezes, o contratante nacional inadimplente.

Com a edição da LA, o STF passou a homologar a própria sentença arbitral estrangeira, sem necessidade de verificar se vinha com a chancela de algum tribunal ou órgão público estrangeiro, na medida em que a LA conferiu à sentença arbitral a mesma eficácia da sentença judicial⁸.

Como se sabe, na Constituição de 1.946 foi prevista, pela primeira vez, a garantia de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão de direito individual⁹.

Surgiu, então, a discussão a respeito da adequação do juízo arbitral à norma, sob o argumento de que aquele excluía da apreciação do Poder Judiciário lesão de direito individual¹⁰.

Não obstante, já naquela época, o STF resolveu questão que se tornou célebre¹¹, rejeitando expressamente a inconstitucionalidade do juízo arbitral, frente ao

⁶ Verifique-se, por exemplo, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em 2.008, declarando na ementa: "É nula a sentença arbitral se o procedimento teve início sem a observância de requisito essencial: assinatura do compromisso arbitral" (Agravo de instrumento 428.067-1 - 18ª Câmara Cível). A decisão foi tomada por maioria, com excelente voto vencido e está publicada, com comentários, na Revista de Arbitragem e Mediação (RAM) nº 5/2008.

⁷ STF, SEC 4.724-2, Sessão plenária de 27/04/94.

⁸ LA, artigo 31: "A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo." Cf. SEC 5.847-1, Sessão plenária de 01/12/99.

⁹ Art. 141, § 4º.

¹⁰ VIANNA, Duval, op. cit. p.14.

¹¹ Agravo de instrumento 51.181-GB, RTJ 68/382.

dispositivo do art. 141, § 4º da CF de 1946, com a característica de que uma das partes no processo em julgamento era a União Federal, autorizada pelo Decreto 9.251/46 a instituir o juízo arbitral para o estabelecimento de indenização ao espólio de Henrique Laje. Na mesma oportunidade, ficou assentado que a cláusula de irrecorribilidade da decisão arbitral não conspirava contra a norma constitucional referida¹².

Com a edição da LA, voltaram os teóricos a discutir a validade do juízo arbitral, em especial a respeito da eficácia da cláusula compromissória frente ao mencionado dispositivo constitucional.

E o STF, em 1997, poucos meses após a vigência da LA, no julgamento da SEC 5.206, decidindo, de ofício, examinar a constitucionalidade dela, votou positivamente, não sem alguma dissensão, em relação a alguns artigos.

No que interessa, por maioria¹³, decidiram pela constitucionalidade da regra que dá à cláusula compromissória força para instituir a arbitragem, não havendo incompatibilidade com a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário¹⁴.

Em seu voto, o Min. NELSON JOBIM, contrapondo-se aos argumentos do relator Pertence, demonstra a tese vencedora:

A Constituição proíbe que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).

Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais e futuros.

Não há nenhuma vedação constitucional a que as partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de contrato específico, ao sistema de arbitragem.

Não há renúncia abstrata à jurisdição.

Há isto sim convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos a específica relação contratual, rigorosamente determináveis.

Há renúncia relativa à jurisdição.

Circunscreve-se a renúncia aos litígios que decorram do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula.

¹² VIANNA, Duval, op. cit., p. 16.

¹³ Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Neri da Silveira e Moreira Alves, todos já aposentados.

¹⁴ CF, art. 5º, XXXV.

Não há que se ler na regra constitucional (art. 5º, XXXV), que tem como destinatário o legislador, a proibição das partes renunciarem à ação judicial quanto a litígios determináveis, decorrentes de contrato específico.

Lá não se encontra essa proibição.

Pelo contrário, o texto proíbe o legislador, não o cidadão.

É o reconhecimento da liberdade individual.

É esse o âmbito de validade da L. 9.307/96.

Observo que a lei, quanto à solução arbitral de litígios futuros, só a admite quando decorrentes de relação contratual específica.

Não é admitida cláusula compromissória pura ou autônoma ou absoluta.

A lei não admite um pacto autônomo em que as partes se comprometem a submeter à arbitragem todos e quaisquer conflitos futuros, decorrentes de qualquer situação jurídica futura.

A lei não permite renúncia absoluta da ação judicial.

É necessário o contrato e a relação dele decorrente.

.....

O conflito é que é futuro e deverá circunscrever-se ao âmbito do contrato.

A cláusula pressupõe a relação jurídica nascida do contrato e os litígios futuros decorrentes deste contrato.

4. A indisponibilidade.

Pelo fato de que os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes, cabendo-lhes a gerência e conservação no superior interesse da coletividade, fixou a doutrina o *princípio da indisponibilidade*. A Administração pública não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros e em prol destes.

Entretanto, este e outros princípios, expressos e reconhecidos, se vêem hoje reestudados e adaptados – sem perder a essência e o foco – para atender às enormes demandas do estado moderno, sob pena de, manietado a conceitos estabilizados em condições socioeconômicas totalmente diversas, deixar de cumprir o seu papel.

Vale ressaltar que o gigantismo das tarefas estatais e das obras governamentais, especialmente quando pioneiras, de tecnologia complexa e de execução demorada, pressupõe um diálogo constante entre o contratante e o contratado, abrangendo as decisões de situações não previstas

contratualmente ou daquelas que sofreram profundas mutações, não imputáveis a qualquer das partes e que não se enquadram nos riscos comerciais assumidos pelo construtor. O mesmo acontece com as concessões, especialmente quando são de longo prazo.¹⁵

O esforço tradicional dos juristas no sentido de regular situações determinadas, estabilizadas, se esvai na conjuntura moderna, frente às incertezas do mundo globalizado e do contínuo avanço tecnológico, crescendo a importância do *aleatório*, que acarreta a necessidade de rever contratos ou rescindi-los, diante de dificuldades novas e imprevistas para a sua execução¹⁶.

Por outro lado, é preciso reconhecer que o princípio da *eficiência* da administração, tornado expresso em emenda constitucional relativamente recente, acarreta a revisão de valores, sem abrir mão da segurança e da preponderância do interesse público no relacionamento com os prestadores do serviço.

Este princípio deve assegurar aos usuários a possibilidade de exercerem a sua cidadania contra falhas e omissões do estado, tratando-se de *dever constitucional* da Administração, permitindo *responsabilizar* os agentes responsáveis pela correspondente violação.

Entretanto, a decisão que entende o administrador ser de maior grau de eficiência não fica sujeita ao controle de outro poder, inclusive do Judiciário¹⁷, é privativa daquele. Os controles administrativo e legislativo são legítimos, consoante previsto por regras constitucionais¹⁸, respeitado o limite de competência constitucional atribuído aos órgãos da Administração.

A adoção de ambiciosos planos nacionais de investimento, com a adoção de metas grandiosas, mediante realização de grandes obras, impondo parcerias e contratações, implica, necessariamente, no abrandamento do princípio da indisponibilidade, dado que a simples decisão do administrador de mandar executar determinada obra em prejuízo de outra, por exemplo, caracteriza a faculdade de dispor de bem público, ainda que limitada às grandes linhas traçadas pelos planos aprovados pelo Legislativo.

A questão não é tão simples como o síndico de um prédio de apartamentos necessitar de autorização assemblear, para saber se vai reformar a portaria antes de iniciar a impermeabilização da caixa d'água, ou vice-versa.

¹⁵ WALD, Arnoldo – *As Novas Tendências do Direito Administrativo* – Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, RJ, (17) 2003 – p. 93.

¹⁶ Op. cit., p. 94.

¹⁷ ROCHA FRANÇA, Vladimir – *Eficiência administrativa na Constituição Federal* – RDA 220/2000, p. 175.

¹⁸ Artigo 70 e seguintes.

Tome-se, como exemplo, a questão surgida quando da edição do Programa Nacional de Desestatização (Lei 8.031/1990), permitindo incluir no programa empresas públicas (autarquias e sociedades de economia mista) por Decreto. Ou seja, havia uma autorização legislativa geral que seria concretizada por ato executivo. Entendendo ser conveniente a desestatização de determinada entidade, estaria o órgão executivo autorizado a fazê-lo por simples Decreto.

Diziam os opositores que tal delegação, por via oblíqua, estaria a ferir os princípios constitucionais de separação e harmonia entre os poderes. Se houve uma lei autorizando a criação da empresa, para que ela deixe de existir sobre controle do estado, seria preciso que outra lei autorizasse a extinção ou a alienação das ações representativas do controle.

Levada a questão ao STF, através das ADINs 562-DF e 234-1-RJ (esta em relação ao plano estadual no Rio de Janeiro inserido na Constituição estadual), a Lei 8.031 foi considerada constitucional, valendo transcrever parte do voto condutor existente na primeira citada, de autoria do Min. Ilmar Galvão:

A autorização legislativa específica, indispensável ao mero destaque de recursos orçamentários, por via de específica consignação na lei de meios, não poderia ser dispensada, quando está em jogo o surgimento de mais um ente da administração.

A partir, entretanto, do momento em que o referido ente cumpriu os seus objetivos, tornou-se inviável, ou já não se justifica a sua manutenção, a privatização e a extinção afloram como alternativas inevitáveis, nada impedindo que, uma ou outra, possa ser posta em prática segundo regras de caráter geral, já que inexistente razão de ordem constitucional, legal ou, mesmo, de ordem prática, que determine tratamento diferenciado, para esta ou aquela espécie de empresa.

Definida, pelo legislador constituinte, a opção pelo regime capitalista de produção, e estabelecidas as únicas hipóteses de atuação do Estado na exploração de atividade econômica (quando se exigir a segurança nacional ou interesse coletivo relevante – art. 173), nada mais natural do que a iniciativa do legislador ordinário, no sentido de instituir um programa de privatização para as centenas de empresas dedicadas a atividades não excepcionais, como fez, editando a Lei nº 8.031/90, de modo a obviar os inconvenientes de providências casuísticas, de efeito retardativo.

Do exposto, conclui-se que é lícito conceder autorização legislativa geral para que o administrador, dentro de grandes linhas traçadas na lei, disponha dos recursos alocados da maneira como parecer mais eficiente, focado nos objetivos finais delineados pelo legislador.

5. As tentativas desastradas.

Diversos órgãos da administração, seduzidos pelas vantagens da arbitragem, procuram introduzir, nos regulamentos administrativos sujeitos à sua órbita de atuação, em especial os órgãos reguladores, a prática deste eficiente meio de solução de litígios. Entretanto, fazem-no de maneira canhestra, ignorando princípios basilares da arbitragem e também da mediação, incorrendo em graves irregularidades, afrontando mesmo a Constituição Federal.

O primeiro exemplo vem da criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, que objetiva prevenir e encerrar litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal.¹⁹

Na verdade, o que ali se faz não é nem conciliação nem arbitragem, embora louvável a iniciativa de harmonizar o entendimento entre as repartições federais.

Em primeiro lugar, trata-se de dirimir litígios entre órgãos da administração federal, sujeitos à hierarquia, ou seja, subordinados à decisão de órgão de escalão superior. Caso não se entendam, a questão será decidida por “parecer” que vinculará os envolvidos.

A arbitragem, por sua vez, é assim definida na cartilha do CCAF:

ARBITRAGEM: quando não ocorrer a conciliação, nos casos de controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, será elaborado parecer no âmbito da CCAF ou da Consultoria da União, que, após aprovação do Advogado-Geral da União, vinculará os interessados.

Os conciliadores/mediadores/árbitros são, por força de Portaria do titular da AGU, integrantes da Consultoria-Geral da União e da AGU, por ato dos respectivos titulares.

Tanto a conciliação quanto a arbitragem pressupõem a livre adesão e a livre escolha dos mediadores e árbitros.

A verdadeira mediação só vincula o participante após firmar o instrumento de transação, conduzido pelas partes, orientados pelo mediador, não se imaginando qualquer vínculo de subordinação entre eles ou entre eles e os mediadores.

Quanto à verdadeira arbitragem, os árbitros decidem de maneira soberana e são escolhidos livremente pelos interessados, não sendo a sentença arbitral

¹⁹ Cf. a Cartilha da CCAF, in http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/download/cartilhas/Cartilha_CCAF_03_02_09.pdf

sujeita à aprovação de quem quer que seja, muito menos de alguém a quem os árbitros estejam vinculados administrativamente.

O segundo exemplo mostra que os responsáveis atentaram para o erro grosseiro inicial e o corrigiram. Trata-se de disposições emanadas pela ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica, órgão regulador, quando aprovou, em 1999, o estatuto do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS.

O ONS é uma entidade de direito privado, sob forma de associação, que tem por objeto executar as atividades de coordenação e controle da operação da geração e transmissão de energia elétrica do sistema interligado nacional. Todas as empresas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica são membros do ONS, bem como certos consumidores, além do Ministério de Minas e Energia e conselho de consumidores.

No estatuto original, dentre as atribuições da assembleia geral constava a de “aprovar a constituição dos Comitês de Arbitragem e de Auditoria”.

Cabia ao Conselho de Administração, dentre outras atividades: fixar a remuneração dos membros dos tais Comitês, bem como promover a implantação e administração dos Comitês.

No artigo 20 do antigo estatuto, era previsto o modo de constituição do Comitê de Arbitragem, onde se dizia, desde logo, que teria a função de “dirimir os conflitos que surgirem na área de atuação do ONS, cabendo de suas decisões, recurso à ANEEL”.

Os árbitros eram indicados pela assembleia geral, com uma espécie de mandato, fixando o Conselho de Administração “os termos de funcionamento e os limites de abrangência e de competência específica dos comitês de arbitragem”.

Nesta linha, exibia o portal do ONS na Internet o modelo de contrato de uso do sistema, ao qual aderiam os operadores, onde era previsto que, havendo divergência, “o assunto será remetido ao Comitê de Arbitragem nos termos do artigo 20 do Estatuto do ONS, cabendo recurso à ANEEL”.

Posteriormente, em 2004, a ANEEL aprovou novo estatuto para o ONS, dele constando, unicamente:

Art. 44. O ONS e seus associados poderão valer-se da arbitragem, na forma da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para solucionar conflitos na área de atuação do ONS, podendo utilizar-se de Câmaras ou Tribunais de Arbitragem legalmente constituídos e especializados em questões voltadas ao Setor Elétrico.

Dispositivo do mesmo teor consta dos modelos de contrato de uso do sistema.

Embora desnecessária a previsão estatutária, pois ninguém necessita de autorização para convencionar a arbitragem, pelo menos corrigiram os equívocos evidentes.

O terceiro exemplo vem da Lei 10.848/04, que criou a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, sucessora do Mercado Atacadista de Energia – MAE.

Esta lei objetiva disciplinar a comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes e seus consumidores no Sistema Interligado Nacional (atividades coordenadas pelo ONS).

Estabeleceu o artigo 4º o seguinte, ao traçar as principais diretrizes e atividades da CCEE:

§ 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996

§ 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.

§ 7º Consideram-se disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE.

Pelo que se vê, o legislador considerou certos direitos expressamente disponíveis, para que se possa valer do juízo arbitral no caso.

Entretanto, o estatuto social da CCEE, contrariamente ao que dispõe a LA, estabelece entre os *deveres* dos seus membros “aderir à convenção arbitral”. Reserva todo um capítulo para tratar da arbitragem, do seguinte teor:

CAPÍTULO VI – ARBITRAGEM

Artigo 40. Eventuais conflitos fundados nas relações estabelecidas ao amparo do presente Estatuto Social ou decorrentes da comercialização de energia elétrica no âmbito da CCEE serão dirimidos pela via da arbitragem, no âmbito da Câmara de Arbitragem definida pela Assembléia Geral dos Agentes, sem prejuízo da atuação da ANEEL ou do Conselho de Administração da CCEE, conforme disposto na Convenção de Comercialização.

§ 1º. Para os fins deste Estatuto, considera-se conflito aquele definido na Convenção de Comercialização.

§ 2º. Os processos de arbitragem deverão ser desenvolvidos nos termos da Convenção Arbitral celebrada pelos Agentes da CCEE e do Regulamento da Câmara de Arbitragem definida em Assembléia Geral, sempre em observância ao disposto na Lei nº 9.307, de 1996 e regulamentação aplicável.

§ 3º. A adesão à CCEE implicará a aceitação incondicional dos termos da Convenção Arbitral e de seu respectivo Regulamento, ficando o Associado obrigado a subscrevê-la, inclusive por termo de adesão, para os fins previstos neste Estatuto e na Convenção de Comercialização.

§ 4º. Caberá ao Conselho de Administração propor os termos da Convenção Arbitral e eventuais alterações para aprovação da Assembléia Geral e posterior encaminhamento à ANEEL para homologação.

O que se vê, portanto, é que o candidato a participante do mercado de comercialização de energia elétrica deverá ingressar na CCEE e aderir à convenção arbitral.

Como se já sustentou, a natureza da arbitragem implica em adesão voluntária, com livre escolha dos árbitros e da entidade condutora do processo de arbitragem. Qualquer um que venha a ser compelido a participar de um juízo arbitral poderá ingressar com ação judicial de nulidade da convenção – posto que convenção não existe – obtendo êxito na empreitada.

Em princípio, não haverá óbice em prever, em estatutos de associações, clubes desportivos, etc., a arbitragem como meio de solução de litígios e a condição de firmar convenção de arbitragem pré-estabelecida pelos fundadores. Associa-se quem quer, aceitando as condições que são postas claramente.

Entretanto, no caso da CCEE, não se ingressa pelo simples gosto de participar. Qualquer um que produza, transporte e distribua energia elétrica, além de certa classe de consumidores, se quiser participar do Sistema Nacional Interligado, ficará impedido de comercializar a energia elétrica se não participar da CCEE. Não existe mercado alternativo.

Assim, aquele que, desejando se associar à CCEE, preenchendo as condições legais e estatutárias para comercializar energia elétrica e não sendo obrigado, por lei, a aderir a convenção arbitral nenhuma, não seria admitido como associado, ficando impedido de exercer atividade econômica que a Constituição Federal garante²⁰.

Trata-se de flagrante inconstitucionalidade, fruto da ignorância dos princípios legais que regem o juízo arbitral.

O último e expressivo exemplo vem das agências reguladoras ANEEL, ANP e ANATEL, que procuraram disciplinar o compartilhamento de infraestrutura utilizada pelos agentes detentores de concessão (em sentido amplo) de serviços

²⁰ CF, art. 170, *caput*, inciso IV e parágrafo único.

de transmissão de energia elétrica, telecomunicações e petróleo, seus derivados e gás natural.

Muitos destes agentes são detentores de infraestruturas (serviços administrativos, dutos, condutos, postes e torres; cabos metálicos, coaxiais e fibras ópticas não ativados, etc.) que podem ser compartilhados entre estes agentes.

E assim, editaram a Resolução Conjunta nº 1, de 1999, estabelecendo cláusulas contratuais essenciais para figurar nos contratos de compartilhamento, dentre elas uma que disponha sobre o “modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”, bem como todo um capítulo para tratar da arbitragem. Eis o correspondente texto:

Art. 23 Eventuais conflitos surgidos em matéria de interpretação e aplicação deste Regulamento, quando do desenvolvimento das negociações de contratos de compartilhamento, serão equacionados pelas Agências, no exercício da função de órgãos reguladores, através de processo de arbitragem a ser definido em regulamento conjunto que será expedido pelas Agências.

Parágrafo único. A submissão de qualquer questão à arbitragem não exime os agentes e as Agências da obrigação de dar integral cumprimento a contratos de compartilhamento vigentes, nem permite a interrupção das atividades vinculadas a tais contratos.

Art. 24 Até a publicação do regulamento sobre arbitragem conjunta entre as Agências, as regras aplicáveis para a solução de conflitos entre os agentes serão as definidas em regimento interno, ou outro ato normativo aplicável, da Agência reguladora do setor de atuação do Detentor.

E a Resolução Conjunta nº 2 criou um procedimento para o conhecimento, instrução e decisão do conflito (caso os litigantes não se componham), proferida por uma comissão composta de representantes das agências reguladoras.

Tal decisão “vinculará” a parte, ainda que seja revel e o descumprimento da decisão constituirá “infração”, ensejando a abertura de processo administrativo que poderá culminar com “aplicação de sanção conforme a legislação pertinente”.

Posteriormente, a Resolução Conjunta nº 1 foi alterada, para o fim de ser dada nova redação ao Capítulo III, acima transcrito, que passou a ser assim:

Art. 23. Eventuais conflitos de interesse entre agentes serão dirimidos pelas Agências em Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicação e Petróleo a ser por elas expedido.

Parágrafo único. A submissão de qualquer conflito às Agências não exige os agentes da obrigação de dar integral cumprimento a contratos de compartilhamento vigentes, nem permite a interrupção das atividades vinculadas a tais contratos.

Art. 24. Até a publicação do regulamento sobre arbitragem conjunta entre as Agências, as regras aplicáveis para a solução de conflitos entre os agentes serão as definidas em regimento interno, ou outro ato normativo aplicável, da Agência reguladora do setor de atuação do Detentor.

As agências alteraram o capítulo, não se referindo mais ao termo arbitragem. Entretanto, a Resolução nº 2, na verdade, regula verdadeiro procedimento de um juízo arbitral, que seria válido se as partes não fossem compelidas a participar do processo instaurado pela tal comissão de resolução de conflitos.

Caso não se submeta, tal como no exemplo anterior, ficaria impedido de exercer atividade econômica, afrontando-se a Constituição Federal. Assim, o compulsório participante desta *soi disant* arbitragem poderá pedir judicialmente a declaração da nulidade do processo arbitral instituído.

6. Conclusão.

Como foi visto no item 2, somente no momento em que se convencionou a arbitragem há renúncia a direito (renúncia a recorrer ao Poder Judiciário). A legislação pode suprimir este empecilho, permitindo que, no campo contratual, órgãos do poder público contratante firmem a cláusula compromissória, com certas cautelas, tais como a escolha de instituições de arbitragem idôneas e a obrigação de realizar o processo arbitral em território nacional, com sentença aqui proferida, regulado pelas leis brasileiras.

E já existem leis que permitem a disponibilidade de certos direitos pela administração.

Neste sentido, a Lei Complementar 73/93, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, permitiu sejam os direitos federais transacionados, autorizando o Advogado-Geral a desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente²¹:

A Lei 9.469/97 regulamentou este dispositivo da mencionada LCp, estabelecendo, expressamente²²:

²¹ Artigo 4º, VI.

²² Redação dada pela Lei 11.941/09.

Artigo 1º. O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação e os dirigentes máximos das empresas públicas poderão autorizar a realização de acordo ou transações, em juízo, para terminar o litígio de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

§ 1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado neste artigo, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo.

Em relação à permissão para firmar cláusula compromissória, existe a Lei 11.079/2004, que institui normas gerais para a licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, quando enumera as cláusulas que deverão constar da minuta do contrato a ser exibida no instrumento convocatório²³, permitindo, ainda, em caráter facultativo,

o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato²⁴.

E, por fim, conforme destacado mais acima, a Lei 10.448/04 considerou expressamente disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE.

A autorização legislativa permite, desta forma, que a administração pública se valha da arbitragem e de outros meios alternativos de resolução de litígios, conferindo-lhe instrumentos para suprir os enormes desafios constituídos pelas grandes obras, preservando a relação contratual quando surgem impasses derivados da sua execução, o que certamente não ocorre quando as partes procuram o juízo estatal.

²³ Tomando-se por base as disposições da Lei 8.987/1.995, que dispõe sobre o regime da concessão e permissão de serviços públicos.

²⁴ Art. 11, III.