

A LEI DE ARBITRAGEM E O ART. 23, XV, DA LEI DE CONCESSÕES

CLÁUDIO VIANNA DE LIMA*

I — Introdução. II — A Lei de Arbitragem. III — A Arbitragem e o Estado. IV — A Lei de Licitações e Contratos Públicos. V — A Lei de Concessões. VI — A Arbitragem na Lei de Concessões. VII — Conclusões.

I — Introdução

Focalizando o tema — “A Lei de Arbitragem e o art. 23, XV, da Lei das Concessões” —, após resumida apreciação da Lei nº 9.307, de 23.09.96, que dispõe sobre a arbitragem, pretende-se esclarecer algumas diretrizes do Direito Brasileiro em torno do emprego da arbitragem pelo Estado, os modernos conceitos de concessão e permissão de serviços públicos, oriundas da Lei nº 8.987, de 13.02.95 (“Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências”), tudo como preparação do exame do emprego dos meios amigáveis de solução de conflitos de interesses em matéria de concessão e permissão de serviços públicos.

II — A Lei de Arbitragem

2. É de suma importância a Lei nº 9.307, de 23.09.96, que dispõe sobre a arbitragem.

Coloca o Brasil em dia com o vitorioso emprego, no mundo civilizado, dos meios pacíficos de solução de conflitos de interesses.

Havia um clamor universal por se constituir o nosso país, com outros Estados menos desenvolvidos, uma “ilha de resistência” à arbitragem (1). Publicação de L’ECHOS, de Paris, a 29.05.96, saúda o projeto Marco Maciel (ora Lei nº 9.307), como um importante passo para o Brasil deixar décadas de atraso na matéria arbitral.

Também é relevante a nova lei na compreensão do caráter interdisciplinar do

* Presidente da Comissão de Arbitragem da Associação Comercial do Rio de Janeiro.

instituto de arbitragem, impossível de se manter confinado a Código de determinada disciplina. Suas normas, de índoles diversas, se identificam em diferentes ramos do Direito. O que justifica a lei especial, autônoma, que se promulgou.

A integração do Brasil no Movimento Universal de Ampliação do Acesso à Justiça é outro fator de importância da lei. Em todo o mundo se reage contra a transformação das leis processuais, instrumentos de realização da justiça, em óbice à mesma justiça, tomada, aqui como a efetiva e justa composição dos conflitos de interesses. (2) Desenvolve-se este Movimento Universal em termos de reformulação do próprio processo, buscando a eficiência, a celeridade e a simplicidade das formas alternativas de justiça. Como, ainda, em função do redescobrimento destas formas alternativas, que novas leis, no mundo todo (3), vêm reativando.

3. A arbitragem é uma alternativa de acesso à justiça, fora do Poder Judiciário, fundada no princípio universal, da autonomia da vontade, em que a pacificação (antes do que a solução) dos conflitos de interesses é entregue, por livre consenso das partes, a um terceiro ou a terceiros (árbitros) de sua escolha e confiança.

Há, na cultura brasileira, a idéia, arraigada, de que só o Estado pode fazer justiça. O Estado tem o monopólio da *Jurisdição*, forma de se realizar a justiça por atas de império (ou de autoridade) do Estado. É uma função essencial do Estado a manutenção da paz coletiva. Contra essa paz, contra o pacífico desenvolvimento das relações sociais, conspira a ocorrência de conflitos de interesses, que, assim, devem ser resolvidos. Ou as partes aplicam diretamente a norma jurídica, emanada do Estado como uma forma de solução dos conflitos; ou buscam a via do consenso para, amigavelmente, pôr fim ao conflito, ou, ainda, e finalmente, provocam o Estado para que este, usando de seu poder incontrastável (a soberania), através de um de seus órgãos, o Judiciário, para isto existente, imponha uma solução prática, possível, através de juízes, por ele investidas desta função, e também impostos.

4. A alternativa arbitral, tem os limites próprios de seu fundamento consensual: só pode ser adotada em se tratando de conflitos de interesses envolvendo *direitos patrimoniais disponíveis* (na fórmula feliz do art. 1º da Lei nº 9.307), para declarar a solução amigável da choque de vontades. Não para executar ou acautelar, forçosamente, o que for (art. 22, § 4º da Lei).

São *patrimoniais* os direitos relativos a bens que podem ser apreciados economicamente, quantificados em moeda. *Disponíveis* são os direitos que se referem a bens apropriáveis, alienáveis, que se encontram no comércio jurídico. Todos os dois são direitos que se sujeitam à livre vontade das pessoas a eles vinculadas legitimamente, e que, em decorrência, podem consentir na sua apropriação por outrem e na sua alienação a outrem. Dizia-se, no Código de Processo Civil, art. 1.072, no ponto revogado, que eram *direitos* sobre os quais a lei admite a *transação*. Mas, a transação, trazida ao âmbito da arbitragem, leva a confusões: é modo de extinção de obrigações, mediante mútuas concessões (art. 1.025 do Código Civil). A arbitragem é meio de extinção de conflitos. Eventualmente, até, pode envolver mútuas concessões, mas a sua compreensão é muito mais ampla. A fórmula inovadora da nova lei de arbitragem, em seu art. 1º ao se referir, como seu objeto, a conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, é muito superior, dispensando a impropriedade da referência a transação.

As medidas coercitivas ou cautelares, por isso que forçadas, não-consensuais, não podem ser objeto de arbitragem. O que não impede a execução e o acautelamento voluntários.

5. As inovações da Lei nº 9.307 alvejaram os defeitos do regime arbitral brasileiro, devidos, na sua maioria, a preconceitos, enraizados, contra o instituto da arbitragem, constituindo-se em obstáculos ao seu emprego e à sua disseminação. Em contraste com as demais nações, que se utilizam com sucesso da fórmula arbitral, amigável, para resolver conflitos de interesses, de modo mais simples e informal, célere e sigiloso (o procedimento não é público, como o processo estatal), menos dispendioso e imune a seqüelas e ressentimentos (não há vencido, nem vencedor, mas, apenas, partes concordes e harmônicas). Além do mais, de livre escolha e de confiança das partes em divergência, o árbitro ou os árbitros (e se chamam árbitros em razão disso, da indicação pelo *arbítrio* das partes conflitantes, livre exercício da vontade) podem ser apontados entre técnicos, melhor conhecedores do meio a que pertencem, em que surgiu o conflito, com superiores condições de assimilar o fato e de compreender o drama das partes, julgadores de melhor conhecimento específico do que o juiz estatal, “especialista” em idéias gerais, nem sempre conhecedor da questão a dirimir, ou pelo menos não tanto quanto um perito, um “expert”, na matéria.

Assim, o Direito Positivo revogado fazia uma distinção dos efeitos da *cláusula compromissória* (visando à solução arbitral de conflitos de interesses eventuais e futuros), e do compromisso, consenso para se solucionar conflito de interesses efetivo e concreto. A cláusula compromissória, mero contrato preliminar, não podia instaurar a arbitragem, só o compromisso, com requisitos formais rígidos, ensejava a instauração do juízo arbitral. Ocorre que tais requisitos, em grande parte, só se faziam conhecidos com a instalação do conflito entre as partes, que não podiam prevê-las no fechamento do contrato (como, por exemplo, o objeto do conflito, as suas especificações e valor, art. 1.074, III do Código de Processo Civil). Resistindo uma das partes, furtando-se a instaurar a arbitragem, descumprindo a cláusula compromissória em que se obrigara a fazê-lo, à parte adversa prejudicada, só “era dado postular, no judiciário, a hipotética indenização de perdas e danos”. Não se admitia, a execução específica da cláusula compromissória. Tudo representava um obstáculo ao emprego e à disseminação da arbitragem.

A Lei nº 9.307, em seu art. 7º, prevê uma ação para instauração forçada do juízo arbitral, por sentença valendo como o compromisso.

A crítica que se faz ao art. 7º em apreço é a de que a providência prevista é insensível ao “TIMING” da arbitragem, notoriamente acelerado. A ação judicial, sabe-se, é demorada. Os 7 parágrafos do art. 7º, por demais formalistas, processualizam exageradamente a arbitragem, criando uma demanda que sequer se destina a resolver a questão principal — o conflito de interesses entre as partes — mas uma simples e desnecessária disputa preliminar sobre se haverá ou não a solução arbitral. O tempo, delongado, poderia ao menos, ser dirigido à questão principal, e seria menos do que o que se despenderia com esta preliminar mais o tempo necessário para solver o conflito de interesses, depois.

Outro óbice das normas revogadas era a exigência de homologação judicial do laudo dos árbitros, para lhes emprestar exeqüibilidade. As partes que elegiam a arbitragem para fugir à delonga do judiciário, ao final, decidido o conflito de interesses que as separava, eram obrigadas ao delongado procedimento judicial da homologação referida. Outro obstáculo ao uso e divulgação da arbitragem. A nova lei, em seu art. 18, eliminou a exigência da homologação em referência. Como eliminou o recurso do laudo (ou decisão) arbitral para a justiça comum, mesmo quando convencionado não caber recurso, outra causa de desestímulo da arbitragem. (4)

Também se constituía em fator de desestímulo do emprego da arbitragem a busca, a qualquer pretexto, da intervenção da Justiça Comum. Exemplo: art. 1.079, parágrafo, único do Código de Processo Civil, ordenando que as exceções de impedimento e suspeição dos árbitros fossem apresentadas ao juiz competente para a homologação (futura e eventual) do laudo dos árbitros. A perda de tempo na distribuição dos procedimentos na Justiça Comum, com o chamamento do exceto para dar as suas razões, além de nova desconsideração do tempo célere da arbitragem, representava uma inutilidade flagrante. Bastava, como faz a Lei 9.307 agora (arts. 15 e 20), que a exceção se apresentasse ao próprio árbitro exceto. Admitida a arguição de parcialidade, afasta-se o árbitro impedido ou suspeita, imediata e automaticamente substituído por seu suplente (art. 16). Não admitida a arguição, a arbitragem teria seu curso, sujeito a eventual ação de nulidade prevista no art. 33 da lei, ou a ação de embargos de devedor, se em execução do laudo (art. 33, § 3º).

Ainda resolveu a Lei nº 9.307, outra causa de desuso da arbitragem, a exigência de duplo *exequatur*, ou seja, de homologação do laudo arbitral estrangeiro, na justiça de origem e no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, invocando-se o art. 102, I, h, da Constituição da República.

Na verdade, o texto constitucional não se refere à homologação de laudo arbitral, mas de sentença estrangeira (5). Há países em que não se prevê a homologação do laudo arbitral, como é o caso da nova lei da Espanha de 1988. Precisamente no caso em que, açodadamente, antes até de entrar em vigor a Lei nº 9.307, se levantou a preliminar de sua inconstitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, se cogita de laudo arbitral provindo da Espanha (6). Como a Lei nº 9.307, por lamentável equívoco de técnica, chama o laudo de sentença arbitral, os defensores da processualização da arbitragem sustentam que o laudo proveniente do exterior deve ser (como sentença, que verdadeiramente não é) homologado no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal. Elimina-se a homologação na origem (6). Mas se torna expressa a homologação pelo Supremo Tribunal Federal, que, pelo texto constitucional, pode ser conferida pelo Regimento Interno, como foi, ao Presidente do Tribunal. Vale dizer, complica-se a arbitragem, um só magistrado, ou um só Tribunal, neste imenso país, pode fazer a homologação. Em procedimento delongado pela necessidade de citação, através de rogatória, da parte adversa ao requerente da homologação, para ciência do requerido, com as dificuldades inerentes (normalmente a parte está no exterior; muitos países não cumprem rogatórias).

A lei não foi feliz na eliminação do duplo *exequatur*, como se vê, em prejuízo palpável do comércio exterior (8).

6. O procedimento arbitral (os atos sucessivos para a arbitragem) é estabelecido pelas partes, na convenção de arbitragem (art. 21). Podem adotar as regras de uma entidade especializada em administrar (não em fazer) arbitragem (a chamada arbitragem institucional ou administrada). Podem, ainda, delegar ao árbitro (sendo a arbitragem avulsa, ou “*ad hoc*”) ou aos árbitros (arbitragem coletiva) a regulamentação do procedimento.

Só não havendo estipulação das partes, sobre o procedimento, caberá ao árbitro ou aos árbitros escolher o procedimento (art. 21, § 1º).

O procedimento há necessariamente que respeitar, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (art. 21, § 2º).

Em regra, se as partes não se apresentam aos árbitros com um documento escrito, atendo-se aos fatos e razões de cada qual, para iniciar a arbitragem, se há iniciativa unilateral de uma das partes, a outra é chamada a dizer se aceita a arbitragem. Aceitando, lavrando-se o compromisso com a aceitação, pelo árbitro ou árbitros dos encargos e responsabilidades, sempre ensejando às partes o conhecimento de papéis e documentos da outra, os árbitros decidem. Pode haver necessidade de prova (depoimentos das partes e de testemunhas) que os árbitros tomam (art. 22). Depois há o laudo. Há, contudo, fundadas esperanças de que a nova lei de arbitragem, por muitos de seus aspectos positivos, venha a ensejar o mais disseminado emprego da arbitragem no país, criando-se, inclusive e necessariamente, uma *cultura arbitral*.

Não se explica que a arbitragem, que é bastante utilizada, com êxito, nos países mais desenvolvidos e em desenvolvimento, só no Brasil, não tenha uso e divulgação. Afastam-se, em boa medida, os óbices da própria legislação, ora revogada, à disseminação da arbitragem, com o advento da Lei nº 9.307. Como toda obra humana, a lei não é perfeita, assinalou-se. Mas é um avanço, em Direito Positivo que evidenciava os preconceitos infundados contra o instituto da arbitragem e a falta de sua assimilação pelos juristas e legisladores do Brasil, a tendência é, se aperfeiçoado o conhecimento da arbitragem e, depois, a própria lei, de que o país muito se beneficiará de seu emprego.

III — A Arbitragem e o Estado

7. Já se estabeleceram no Brasil, recentemente, diretrizes para o emprego da arbitragem pelo Estado.

Em decorrência de uma questão famosa, envolvendo o Espólio de Henrique Lage e a Organização Lage, cujos bens foram, na época da II Guerra Mundial, incorporados ao Patrimônio da União, “*no interesse da defesa nacional*”.

Acertada a arbitragem para fixar o valor da indenização, após o laudo dos árbitros, eleito e empossado novo Presidente da República, a União levantou a inconstitucionalidade do Juízo Arbitral. Enviou mensagem ao Congresso para cancelamento de mensagens anteriores, destinadas a cumprir o laudo resultante da arbitragem.

Os sucessores de Henrique Lage, ante o acolhimento da mensagem última, intentaram, na Justiça Comum, duas ações, reunidas em um só processo. O então Tribunal Federal de Recursos manteve, na essência, o julgado de 1º grau, em apelação da União. A ementa do V Acórdão que se proferiu (Relator o saudoso Ministro Godoy Ilha) firmou as diretrizes para o emprego da arbitragem pelo Estado (9):

“a) reconhece-se o caráter contratual da arbitragem, regulada pelo Direito Privado;

b) também se reconhece a capacidade do Estado brasileiro assinar o compromisso instaurador da arbitragem, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insusceptíveis de transação”.

Não admitido recurso extraordinário, o agravo de instrumento conseqüente da União, veio a ser desprovido pelo Supremo Tribunal Federal, à unanimidade de seu plenário (Relator o saudoso Ministro Bilac Pinto) (10).

8. O que se tem, em termos de arbitragem, de que participa o Estado Brasileiro, assim se pode resumir:

a) Em Direito Internacional Público é conhecida a utilização pelo Brasil da arbitragem, com que resolveu questões de fronteira e outras, que dignificam a sua HISTÓRIA. O Barão do Rio Branco sobressaiu-se neste campo (11).

b) Em Direito Internacional Administrativo, há a Lei nº 1.518, de 24.12.1951, e o Decreto-lei nº 1.312, de 15.12.1974, que autorizam o Tesouro Nacional a firmar contratos internacionais com cláusula de arbitragem (12).

c) Em Direito Interno — que é o destino dessa palestra que se dirige à Lei de Concessões — se vem acentuando, dia-a-dia, a possibilidade de se submeter o Poder Público à arbitragem e às normas de Direito Privado a propósito.

É o que se pensa esclarecer a seguir.

9. O professor José Carlos de Magalhães, tantas vezes referido, observa que

“a convenção arbitral quer se revista da forma de cláusula arbitral quer de compromisso, constitui relação de Direito Público regida pelo Direito Privado”. (13)

Conclui o douto Professor que se faz preciso diferenciar o contrato administrativo do contrato de natureza privada, pela presença da Administração Pública na relação jurídica.

“Sob as vestes de autoridade pública exercendo sua supremacia de poder em relação à outra parte contratante que se submete às condições ditadas pela Administração”. (14)

IV — A Lei de Licitações e Contratos Públicos

10. A Lei nº 8.666, de 21.06.93, que “regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”, trouxe uma importante contribuição na matéria. O douto Jessé Torres Pereira Júnior assinala esta relevância, pois o texto em referência

“É lei de normas gerais a que alude o art. 22, XXVII, da Constituição, cogente sua observância pelos órgãos subordinados e entidades vinculadas de qualquer dos Poderes constituídos dos entes políticos integrantes da Federação (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios). E é a lei que deve assegurar a igualdade, disciplinar as cláusulas, fixar as exigências e ressaltar as exceções referidas no art. 37, XXI, do texto fundamental” (15).

Esta lei de licitações, como é conhecida, em seu art. 32, § 6º, dá tratamento diferenciado às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços, em que o pagamento se faça com financiamento de organismo internacional. Tais contratos não têm características de Direito Administrativo, e sim de Direito Privado, não participando deles o ESTADO como ente político, com o seu “IUS IMPERII”. A eles se aplica o art. 54 da lei nº 8.666”.

“Art. 54 — Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público e aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado”.

V — A Arbitragem nos Contratos da Administração Pública

Conclui-se que os contratos administrativos são passíveis de cláusulas de arbitragem, por força de disposições de Direito Privado, a que se remete o próprio Direito Internacional Público, que recepcionou as normas sobre os meios pacíficos de solução de conflitos de interesses, entre eles a arbitragem. Veja-se ANDRÉS BELLO. (16)

O douto José Carlos de Magalhães, que se tem citado amiúde, bem observa que a União Federal ou qualquer das entidades relacionadas no art. 125 da Constituição da República, se podem submeter à jurisdição estrangeira, e, por conseguinte, renunciar à imunidade de jurisdição, expressa no aforismo “*PAR IN PAREM NON HABET JUDICIUM*”. Nota que a matéria interessa a mais de um Estado, é, por isso, regulada pelo Direito Internacional, e não pelo Direito Constitucional, como queria o grande PONTES DE MIRANDA (17).

A imunidade da jurisdição, que firma não se submeterem, os Estados às jurisdições dos outros, sabe-se, não é absoluta. Há um conceito novo de SOBERANIA, no moderno Direito Internacional Público, não mais o poder incontrastável, dentro e fora das fronteiras, a gerar conflitos. Vigoriza o princípio da *personalidade internacional* da capacidade do Estado ter direitos e obrigações na órbita internacional.

O princípio da imunidade de jurisdição é contrastado. Há princípios outros, como o da CONVENIÊNCIA (ou da SUBMISSÃO), que exclui os conflitos de interesses irrelevantes da referida imunidade, ou o princípio da EFETIVIDADE (ou da VIABILIDADE), em que a mesma exclusão se dá nos casos em que não será possível a imposição autoritativa da jurisdição, assim inviável e que não se efetiva. (18)

José Carlos de Magalhães lembra, ainda:

“Por último, há de se observar que a capacidade de se comprometer é matéria de Direito Civil, não se podendo negar ao Estado Brasileiro sua legitimidade de

ajustar convenção arbitral, como reconhecido pela já citada decisão do Supremo Tribunal Federal (caso Henrique Lage, *supra* referido). Os dispositivos que regem a competência internacional constituem assunto de Direito Processual Internacional, de natureza diversa”. (19)

11. Voltando às diretrizes a que se aludiram (nº 7 *supra*), é dado resumir:

a) se o Estado tem o direito de ação ante a jurisdição de outro país, tem, igualmente, o direito de renunciar a este direito de ação, valendo-se do juízo arbitral no exterior;

b) se, no âmbito interno, em se cogitando de contrato público, predominantemente regido pelo Direito Privado, o Estado pode, no exercício do *IUS GESTIONIS* portanto sem uso de sua autoridade (*IUS IMPERII*), firmar convenção de arbitragem, sendo o conflito a resolver relativo a direito patrimonial disponível, e não se cogitando de casos de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira (art. 89 do Código de Processo Civil; art. 7º, da Lei de Falências, Decreto-lei nº 7.661, de 21.06.1945), que afasta qualquer outra competência (internacional ou interna), com ressalva dos princípios da conveniência e efetividade, cabe a arbitragem também (20).

V — A Lei de Concessões

12. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, “dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências”.

O Art, 175, e seu parágrafo único, I, da Constituição, assim estão redigidos:

“Art. 175 — Incumbe ao Poder Público na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão sempre através de licitação a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único — A Lei disporá sobre:

I — o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão e permissão.”

13. Bem definiu, concisamente, a ilustre professora Carmem Lúcia Antunes Rocha:

“Serviço público é a atividade prestada pela entidade pública a quem o Direito entregou a competência para o seu desempenho, ou por quem em seu nome e sob a sua responsabilidade.” (21)

Não se fará maior referência à discussão sobre o conceito e a natureza jurídica do serviço público, variável no tempo e nos termos em que se coloca o estudioso, na sua visão do Estado, se é tido como o Estado-providência, ou liberal, com maior ou menor vinculação da sociedade ao Poder Público. Polêmica, igualmente, é a idéia da natureza jurídica da concessão, em amplo sentido. Três correntes se conhecem, com suas variantes: teorias unilaterais, contratuais e mistas.

Unilaterais as que têm a concessão como ato exclusivo da Administração Pú-

blica, ou mesmo como dois atos unilaterais, um da Administração e outro do Concessionário.

Contratualistas as teorias que se dividem entre a concessão como contrato de Direito Privado, ou como contrato de Direito Misto, ou, ainda, como contrato de Direito Público.

As teorias mistas sustentam que a concessão se constitui por um ato administrativo, portanto de Direito Público, e por um contrato de Direito Privado, conjuntamente (22).

Cabe lembrar, com o saudoso mestre Orlando Gomes, que se emprega a palavra *CONTRATO* em sentido amplo, restrito e restritíssimo.

Na acepção mais lata, designa todo o negócio jurídico formado pelo concurso de vontades.

Na idéia restrita, indica o acordo de vontades que produz efeitos obrigacionais (cria obrigações).

Em entendimento mais limitado, por fim, indica o negócio jurídico, bilateral, cuja função específica é a de criar uma obrigação de conteúdo econômico (Direito de crédito ou Direito de obrigações) (23).

É comum, na linguagem do Direito, inclusive, o uso da expressão contrato como sinônimo de acordo de vontades, de consenso, de ato consensual.

14. Exigindo-se, em Ciência, precisão terminológica, LEON DUGUIT buscou uma classificação dos atos jurídicos, tendo em vista os seus elementos, propondo uma sistematização FORMAL e outra MATERIAL.

Tendo em vista a manifestação da vontade (a formação dos atos jurídicos), divide os atos em UNILATERAIS e PLURILATERAIS. Estes últimos subdividem-se em: 1) CONTRATOS (acordo de vontades criando obrigações); 2) Atos coletivos (complexivos ou conjuntos), uma pluralidade de atos unilaterais de vontade dirigidas a um mesmo fim, pela convergência de interesses, sem vinculação entre as declarações de vontade, ou interdependência (exemplo: formação de uma associação cultural); 3) Atos-UNIÃO, concurso de vontades para criar normas jurídicas, dada a relação a um denominador comum de interesses divergentes (exemplo: convenção coletiva de trabalho).

Materialmente, com base no objeto dos atos jurídicos, classificam-se estes em: 1) *Atos subjetivos* — que dão origem, de logo, a uma obrigação específica e concreta (exemplo: contratos); 2) *Atos-condição* — os que provocam a aplicação de uma norma jurídica, até então, não aplicável a determinada pessoa (exemplo: o casamento); e, por fim, 3) *Atos-regra* ou normas jurídicas a que se subordinam os que se encontram nos limites de sua incidência (exemplo: convenção coletiva de trabalho) (24).

Nesta classificação, a concessão configura ATO COLETIVO e CONTRATO. ARNOLDO WALD se refere a uma OBRIGAÇÃO DE COOPERAÇÃO (25), alertando, contudo, para a irrelevância do debate (26).

15. Realmente se assim já se entremostrava antes da lei, tanto mais que o art. 175 da Constituição Federal se refere, expressamente, em seu parágrafo único, I, ao caráter especial do contrato de concessão ou de permissão, não há que discutir sobre a natureza jurídica contratual dos institutos. Ressalvando, embora, que se cogita de

um contrato na acepção que não é restrita ao Direito Privado e muito menos ao seu Direito de Obrigações.

O art. 1º da Lei 8.987, na diretriz constitucional, já agora se refere, explicitamente, aos “indispensáveis contratos” das concessões e permissões. Observa a professora Carmem Lúcia Antunes Rocha que esta referência ao contrato é reiterada na mesma lei, “sempre precedida de expressões enfatizadoras da sua imprescindibilidade”. Assim nos arts. 6º, *caput*, 9º, 18, III, 20, 23, 29, V e VI, 31, I, dentre outros que se referem a normas e cláusulas contratuais (27).

16. A Lei 8.987 também define as concessões, nas duas classes a que já se referia a doutrina. O art. 2º não teme as definições em sede normativa, que sempre intimidam.

“Art. 2º — Para os fins do disposto nesta lei, considera-se:

I —

II — Concessão de serviços público: a delegação de sua prestação; feita pelo Poder Concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III — Concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo Poder Concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra, por prazo determinado;

IV — Permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação da prestação de serviços públicos, feitas pelo Poder Concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.

VI — A Arbitragem na Lei de Concessões

17. Cuidando do Contrato de Concessão, o art. 23, nº XV, da Lei 8.987, assim dispõe:

“Art. 23 — São cláusulas essenciais ao contrato de concessões as relativas:

XV — *Ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais*”.

Cogitando das permissões, comanda a mesma lei:

“Art. 40 — A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo Poder Concedente.

Par. único — Aplica-se às permissões o disposto nesta lei”.

18. Tem-se, em primeiro lugar, que o art. 23, XV, em particular, previsto na parte da lei relativa às concessões, se aplica, às permissões. Pelas duas cláusulas, na verdade, repetitivas, do “*caput*” do art. 40 (“A permissão do serviço público será

formalizada mediante contrato de adesão, QUE OBSERVARÁ OS TERMOS DESTA LEI”) e pelo do parágrafo único (“Aplica-se às permissões o disposto nesta lei”).

Confirma-se esta exegese com a circunstância da lei, tendo previsto as cláusulas essenciais do contrato de concessões, não ter estabelecido o mesmo quanto às permissões. Certamente por entender a estes contratos aplicáveis o art. 23 e seu nº XV.

Assim, a disposição sobre os meios amigáveis de solução das divergências contratuais se aplica tanto aos contratos de concessão quanto aos de permissão.

Note-se que a lei (estadual — RJ) nº 1.481, de 21.06.89 (“Dispõe sobre o regime das concessões de serviços e obras públicas”) de modo expresso — prevê a arbitragem em seu art. 5º, § 2º — em se tratando de contratos de concessão — e no art. 21, XII — na concessão de obras públicas. Também a lei (estadual) nº 7.835, de 08.05.92, São Paulo, estabelece em seu art. 8º, XXI (“Foro competente e modo amigável para resolução das divergências contratuais”) e estende o regime a outras concessões (art. 32 — “a lei se aplica às concessões de obras públicas” — art. 33 às permissões).

O texto de São Paulo, aliás serviu de modelo para o art. 23, XV, da Lei de Concessões ora vista.

19. ARNOLDO WALD e co-autores, observaram que o art. 23, XV, deixou liberdade de escolha para a que melhor atenda aos interesses em jogo no objeto da concessão, referindo-se em termos amplos, ao “modo amigável de solução das divergências contratuais”. Mas observam ditos autores que:

“Em complemento a esta disposição, seria útil a previsão legal de arbitragem, como instrumento de composição de conflitos e divergências oriundas do contrato de concessão, entre Poder Concedente e Concessionário, indicados pelas partes os árbitros e as regras a serem observadas” (28). Cabe, então, à doutrina esclarecer quais os modos amigáveis de solução de divergências contratuais.

Estes modos são a mediação, a conciliação e a arbitragem. Na verdade são formas que de filiam, ao mesmo fundamento do princípio da autonomia da vontade. As partes em divergência, confiam a pessoas estranhas ao conflito que as separa, a composição do mesmo. Na mediação, o terceiro ou terceiros (mediadores), têm a tarefa de simples aproximação das partes para que estas se entendam diretamente. Há contratos que se fecham entre prepostos (contratos de balcão), ou à distância (por correspondência, por telefone etc.) e, hoje, contratos que se fazem por pessoas fisicamente distantes mas que podem dar imediata resposta (descaracterizando o negócio à distância pela possibilidade desta resposta pronta). Em todos estes casos os contratantes não se conhecem, necessariamente, dificultando o entendimento em ocorrendo uma divergência. O mediador ou mediadores aproximam as partes para esta negociação direta, sem outra participação.

Na conciliação, o terceiro ou os terceiros (conciliadores) procuram e se esforçam, negociando e propondo soluções, para o acordo das partes em conflito, para a solução deste. Há uma obrigação de esforço, não de resultado.

A arbitragem, já se viu, importa, em que o terceiro ou os terceiros (árbitros) substituam as partes na solução do conflito.

Os modos não são separados e estanques, em princípio. É possível se iniciar o procedimento amigável diretamente por qualquer destes modos e se chegar ao êxito. Mas, se pode iniciar por um, e, dadas as dificuldades, passar para outra forma (e até mesmo se buscar a solução judiciária).

Também os modos amigáveis se podem dar pelas normas de direito ou pela equidade (“fora das regras e formas de direito”, na fórmula feliz do revogado art. 1.075, IV, do Código de Processo Civil). É o caso da “composição amigável”, observando-se que a equidade tem seu limite na lei (não pode violar a lei), não podendo ofender a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes (limites a leis, atos e sentenças de outro país, bem como a quaisquer declarações de vontade, do art. 17 da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro, Decreto-lei nº 4.657, de 04.09.1942).

VII — *Conclusões*

20. É oportuno esclarecer o significativo avanço que representa a Lei 8.897/95, por dois fatos recentes. Na concessão para que se explorasse a ponte Rio—Niterói, embora o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), representando o Poder Concedente, e o consórcio Concessionário pretendessem incluir a cláusula de arbitragem no contrato, não o puderam fazer. Pelas reservas do Tribunal de Contas da União a respeito.

No contrato com a Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora—Rio, já se incluíram disposições visando ao “acordo entre as partes” (Seção V, 8, do Capítulo I — Disposições Gerais), está prevista a Seção XXXIV, do Capítulo III — Do regime jurídico da concessão — “Processo amigável de soluções de Divergências Contratuais”. A subseção III se refere a “Tribunal Arbitral” (nºs 199 a 205). O contrato aludido foi assinado a 31 de outubro de 1995, e deverá ser adaptado em obediência à Lei nº 9.307, de 23.09.96, que dispõe sobre a arbitragem.

Estas as considerações que foram dadas fazer sobre o tema proposto.

CITAÇÕES

1. DAVID, “RENÉ, *L’arbitrage dans le commerce international*”, Ed. Economica, Paris, 1982, pp. 233/234;

2. GRINOVER, ADA PELLEGRINI, “O novo processo do consumidor”, Rev. Processo, 62/141, 1991;

3. MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA, “Miradas sobre o Processo Civil Contemporâneo”, Rev. For. 331/139; Cappelletti, Mauro, “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, Rev. For., 326/121;

4. BAPTISTA, LUIZ OLAVO, “Homologação de laudos no Direito Brasileiro”, em “Arbitragem Comercial”, obra em co-autoria com José Carlos de Magalhães, Freitas Bastos, 1986, p. 85;

5. MAGALHÃES, JOSÉ CARLOS DE, ob. cit. nº 4 “Execução de laudo arbitral” p. 102, mais exatamente p. 109, “Do laudo arbitral produzido no exterior”.

6. Agravo Regimental em sentença estrangeira nº 5.206-7. Plenário do S.T.F. — sessão de 10.10.1996.

7. O art. 35 da Lei 9.307 assim dispõe: “Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à HOMOLOGAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”.

8. SAMTLEBEM, JURGEN — “Questões atuais da Arbitragem Comercial Internacional no Brasil”, Rev. Trib. 712/51, fev. 1995.

9. MAGALHÃES, JOSÉ CARLOS DE, “Do Estado na arbitragem privada”, p. 69, da ob. citada no nº (4) supra.

10. RTJ — 68/383.

11. Consulte-se a propósito Martins, Pedro A. Baptista. “Aspectos Jurídicos da Arbitragem Comercial no Brasil”, 1990, editora LUMEN IURIS, p. 10 e ss, mais recentemente “Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei no Senado 78/92” in. Rev. Processo, 77/25, 1995.

12. MAGALHÃES, JOSÉ CARLOS DE, ob. cit., p. 79, nº 6.

13. Idem, idem, p. 76, nº 5.

14. No particular José Carlos de Magalhães se apóia no magistério do saudoso administrativista, prof. HELY LOPES MEIRELLES: não é o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público que caracterizam o contrato administrativo — pois que presentes em todos os contratos regulares da Administração Pública e sim “a participação derogando normas de Direito Privado e agindo PUBLICAE UTILITATIS CAUSA sob a égide do Direito Público” (Meirelles, Hely Lopes, “Direito Administrativo Brasileiro”, edição Rev. Trib., 4ª edição, 1976, p. 132, *apud* Magalhães, José Carlos, ob. cit., p. 81, nº 6, notas 22 e 23). Note-se que CAIO TÁCITO e JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR colocam a distinção das duas espécies de contratos públicos na presença do interesse público nos contratos propriamente públicos, o que, conseqüentemente, não ocorreria nos contratos sujeitos a normas do Direito Privado. Na verdade, todo contrato em que participa a Administração Pública é impregnado do interesse público. O que se pode pretender é que nos contratos propriamente públicos é maior o peso, ou a carga, deste interesse público. Consulte-se Pereira Júnior, Jessé Torres, “Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública”, 1995, RENOVAR, 3ª edição, p. 334, invocando CAIO TÁCITO na nota de pé de página nº 122.

15. PEREIRA JÚNIOR, JESSÉ TORRES, ob. cit., p. 12.

16. BELLO, ANDRÉS, “Princípios de Direito Internacional Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1946, p. 238.

17. MAGALHÃES, JOSÉ CARLOS, ob. cit., p. 86, nº 6; PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI, “Comentários ao C.P. Civil”, Tomo II, p. 174, editora Forense; *apud* MAGALHÃES, JOSÉ CARLOS, ob. cit. loc. cit. nota 24.

18. CINTRA, ANTONIO CARLOS DE ARAUJO; GRINOVER, ADA PELEGRIINI, e DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL, “Teoria Geral do Processo”, edição Rev. Tribunais, 3ª edição, 1983, p. 192/193; MAGALHÃES, JOSÉ CARLOS DE, ob. cit. p. 84, nº 6.

19. MAGALHÃES, JOSÉ CARLOS DE, ob. cit., p. 84, nº 6.

20. No Acórdão do Supremo Tribunal Federal, trazido ao exame (RTJ 68/383) há referência a parecer do saudoso Ministro Castro Nunes (que já não integrava o Tribunal), em que há preciosa síntese desta conclusão parcial. Expõe o douto parecer “não ser possível a interdição do juízo arbitral, mesmo nas causas contra a Fazenda, o que importaria numa restrição à autonomia contratual do Estado que, como toda pessoa SUI IURIS, pode prevenir o litígio, pela via transaccional, não se lhe podendo recusar esse direito, pelo menos na sua relação de natureza contratual ou privada, que só esta pode comportar a solução, pela via arbitral, dela excluídas aquelas em que o Estado age como Poder Público, que não podem ser objeto de transação”. Para afastar dúvidas possíveis, se apresentou proposta de emenda aditiva a Lei nº 8.666, antes da publicação atual, de anteprojeto de sua alteração. Tal proposta está publicada às pp. 74/79 da Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, nº14, 1995. Há casos outros de arbitragem de que participou a União Federal como o da Empresa de Melhoramentos da Baixada Fluminense x Governo Federal. O laudo, do árbitro único, foi proferido pelo saudoso Ministro Eduardo Espínola, do Supremo Tribunal Federal, onde é citado juízo arbitral anterior, entre a UNIÃO FEDERAL (Ministério da Educação e Saúde Pública e Interventoria do Distrito Federal) x CITY IMPROVEMENTS, publicado o laudo no Diário Oficial da União, a 19.12.1931. O Estado de Minas Gerais (Loteria Estadual) participou de arbitragem em que eram interessados José Ramos de Lima e outros, conforme publicação particular muito divulgada.

21. ROCHA, CARMEN LÚCIA ANTUNES, “Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro”, Saraiva, 1996, p. 27, nº 31.

22. ROCHA, CARMEN LÚCIA ANTUNES, ob. cit., pp. 34/35, WALD, ARNOLDO; MORAIS, LUIZA RANGEL DE; E WALD, ALEXANDRE DE M., “O Direito de Parceria e a nova lei de concessões”, Editora Rev. Trib., 1996, p. 50.

23. GOMES, ORLANDO — “Contratos” — Forense, 1959, p. 10, nº 2.

24. GOMES, ORLANDO — “Introdução ao Direito Civil”, Forense 1957, pp. 272/275, nº 188.

25. WALD, ARNOLDO e outras — ob. cit., p. 38, nº 4.15.

26. Idem, idem, p. 52, nºs 6.12 e 6.13, aqui citando o douto Francisco Campos.

27. ROCHA, CARMEN LÚCIA ANTUNES DA — ob. cit., p. 39.

28. WALD, ARNOLDO e outros, ob. cit., p. 140, nºs 11.177 e 11.178.