

ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GABINETE

PROCESSO: 202200036003253

INTERESSADO: @nome_interessado_maiusculas@

ASSUNTO: CONSULTA.

DESPACHO Nº 502/2022 - GAB

EMENTA: 1. CONSULTA. 2. PEDIDO DE REVISÃO DO PARADIGMÁTICO DESPACHO Nº 652/2018 SEI – GAB, QUE TRAÇOU COMO REGRA GERAL A OBRIGATORIEDADE DE ADOÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PELOS INSTRUMENTOS CONVOCATÓRIOS E AJUSTES DOS ÓRGÃOS/ ENTIDADES INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. 3. PREFERÊNCIA LEGAL PELA ADOÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, ESTABELECIDADA PELO ART. 27 DA LEI ESTADUAL Nº 144/2018, EM CONSONÂNCIA COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS LEIS FEDERAIS DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. 4. REITERAÇÃO DO DISPOSTO NO DESPACHO Nº 652/2018 SEI. 5. EVENTUAL RESSALVA À REGRA GERAL SOMENTE PODERÁ SER CONCEBIDA EM CARÁTER EXCEPCIONAL ATRELADO ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO E COM OBSERVÂNCIA DAS CAUTELAS ENUNCIADAS. 6. MATÉRIA ORIENTADA, EM INTEGRALIZAÇÃO AO DESPACHO REFERENCIAL Nº 652/2018. (REVOGADO PARCIALMENTE PELO DESPACHO

1. Encetou o presente processo o Parecer Jurídico GOINFRA/PR-PROSET-ANS-18760 nº 145/2022 (000028161639), de lavra da Procuradoria Setorial da Agência Goiana de Infraestrutura e Transportes, onde manifestando o entendimento acerca do caráter “facultativo” da adoção da cláusula compromissória nos contratos, convênios e demais instrumentos congêneres firmados pelas pessoas jurídicas de direito público ou privado integrantes da Administração Pública estadual, por inferência da expressão “preferencialmente” constante do art. 27 da Lei Complementar estadual nº 144/2018, confrontou a natureza vinculativa da sua previsão nos ajustes preconizada, como “regra”, pelo paradigmático Despacho nº 652/2018 SEI – GAB[1], de modo a propor, ao final, a revisitação da temática para fim da fixação das seguintes teses jurídicas:

“A Lei Complementar 144/18 estabeleceu que os ajustes terão, preferencialmente, cláusula compromissória”;

“A preferência não impõe a presença da cláusula, cabendo ao titular de cada órgão / ente estadual deliberar quanto à sua inserção, ou não, nos ajustes que firmará”;

“Diante da preferência legal pela adoção da arbitragem, eventual decisão pelo afastamento deste método alternativo de resolução de controvérsias deve ser devidamente justificado pela autoridade máxima do órgão / ente público, sob pena de nulidade do ajuste”.

2. Na esteira da alínea “b” do §1º do art. 2º da Portaria nº 170/2020-GAB/PGE[2], a matéria veio à reapreciação jurídica do Gabinete desta Casa.

3. Pois bem. Conforme profícuo ensinamento de Egon Bockmann Moreira e Leila Cuéller, cumpre que se tenha em mira, já de partida, que o advento do novo Código de Processo Civil (Lei federal nº 13.105/2015) e da Lei da Mediação (Lei federal nº 13.140/2015), ao passo em que ressignificou a vigente Lei da Arbitragem (Lei federal nº 9.307/1996), pôs “por terra” eventuais justificativas para “inibição”[3] ou resistência à adoção do conjunto denominado “ADR – Alternative/Adequate Dispute Resolution (Solução Alternativa/Adequada de Disputas)”[4], dentre o qual, segundo explica Flávio Amaral Garcia, a “arbitragem” exsurge renovada como um dos mecanismos “concretizadores da consensualidade”[5], em “plus” à mediação[6].

4. E prosseguem discorrendo os doutrinadores, em esclarecimento aos contornos jurídicos acerca da temática:

O que importa dizer que existe intenso interesse público na aplicação dos preceitos que dispõem sobre conciliação, mediação e arbitragem (para além da sua previsão expressa em lei – o que, por si só, confere específica feição ao que se pode entender por interesse público).

[...]

se houve um tempo em que arbitragem e mediação eram institutos distantes do direito público brasileiro, ele já passou. Mas atenção: não se trata de questão meramente teórica, sobretudo devido ao fato de existir uma série de dispositivos legais que expressamente prestigiam o dever de as partes desenvolverem, como requisito para a legítima instalação futura de conflitos de interesse com decisão heterônoma, a tentativa de autocomposição. A competência atribuída legislativamente à administração pública contempla essa perspectiva conciliatória, de modo expresse e indeclinável. Por isso que ela necessita cumprir também tais previsões normativas, sob pena de assumir conduta contra legem.

Atualmente, não se pode litigar sem antes haver a firme tentativa de conciliar: trata-se de aplicação expressa do princípio da legalidade, em vários foros e instâncias. Alterou-se a lógica normativa da solução de controvérsias que tocam à administração pública: se, antes, a propositura de uma ação e a sentença judicial eram requisitos para a conciliação, hoje, esta é pressuposto de qualquer processo judicial. A antiga regra do ajuizamento irrestrito de demandas atualmente precisa ser compreendida como exceção. O prestígio ao interesse público exige que se evitem conflitos, mas, caso surjam os impasses, a solução precisa evitar o acesso ao Judiciário, que só pode ser acionado em último caso. Trata-se - é preciso que se reitere com intensidade, de decorrência da legalidade.

Estar-se-á a se falar de previsões legais expressas acerca da mediação, em face das quais ninguém é imune (sejam pessoas privadas, seja a administração pública). Em outras palavras, a mediação, pelas mesmas razões que a conciliação e a arbitragem, atende plenamente ao princípio da legalidade. Todas essas opções são prestigiadas pelo princípio da legalidade como equivalentes à jurisdição. Para confirmar, basta ler as leis que disciplinam o assunto.

[...]

as técnicas extrajudiciais de solução de controvérsias são regra a ser observada pela administração pública em todos os conflitos de interesses – e pelo Judiciário, como requisito de processamento de ações judiciais e na deferência às decisões tomadas em conciliações, mediações e arbitragens. Se antes havia o saudável debate sobre o cabimento (ou não) da mediação, da conciliação e da arbitragem em questões envolvendo os poderes públicos, esta fase já passou: o princípio da legalidade derogou expressamente tal controvérsia, que não mais existe no sistema jurídico brasileiro. Hoje, o ordenamento jurídico é outro e prima pela solução não adversarial e não judicial de controvérsias.

[...]

Com a nova legalidade substancial relativa à conciliação, mediação e arbitragem, as competências administrativas foram modificadas, ope legis, ao seu intento. Houve a mutação material do título jurídico que habilita este ou aquele agente público a praticar determinados atos administrativos. Nenhum deles detém competência para revogar administrativamente a Lei de Arbitragem (Lei federal nº 9.307/1996), nem a de Mediação (Lei federal nº 13.140/2015), nem, muito menos, o Código de Processo Civil (Lei federal nº 13.105/2015), entre outros diplomas. Ao contrário, devem-lhes plena aplicação, sob pena de concretizarem condutas contra legem. Por isso precisam cumprir os deveres públicos de conciliar, servir-se de mediadores e, quando disso não advier resultado positivo, procurar a arbitragem.

[...]

Melhor dizendo: a administração pública tem o dever de se esforçar ao máximo para prestigiar aquela solução que, simultaneamente, não resulte na multiplicação de ações perante o Poder Judiciário e concretize a boa-fé e a eficiência.[7] (grifos apostos).

5. Veja, pois, a teor do excerto trasladado, que por expressas injunções legais, fora arrogado ao agente público verdadeiro dever-poder pela busca da conciliação e mediação no âmbito do direito administrativo, bem assim pela definição e aplicabilidade da arbitragem notadamente no contexto das contratações e ajustes administrativos, à lume da concepção progressista de que os métodos não adversariais e extrajudiciais de solução de controvérsias entremostam-se potencialmente melhores à realização do interesse público tutelado, o que, por conseguinte, convola suas observâncias em regra geral a ser seguida pela Administração

Pública, na exata linha da diretiva traçada, com cunho referencial, pelo Despacho nº 652/2018 SEI – GAB (3786650).

6. O direito científico é incisivo ao apregoar ser inimaginável “que a legalidade possa ser deixada de lado pela administração pública, isso desde o momento prévio” da licitação, quando cabível a definição, por meio do ato convocatório, da solução adequada de disputas frente à eventual impasse relativamente ao ajuste, “até aquele posterior”, em que sua aplicação/incidência se faz impositiva. E complementa: “A mesma ordem jurídica que exige obediência a específicas condições para celebração de contratos (licitações, procedimentos, critérios, impedimentos, etc.) preceitua que os eventuais conflitos que surgirem nesses mesmos pactos deverão ser solucionados por meio de determinadas técnicas”, tais como a “conciliação, mediação, arbitragem. Quem positivou esses deveres-poderes é a lei, a ser executada por meio da função administrativa”[8].

7. “Hoje se pode dizer que é o próprio princípio da juridicidade que positivou a arbitragem como alternativa a ser obrigatoriamente levada em consideração nos litígios que envolvem a administração pública, direta e indireta, de todos os poderes e entidades federativas. A todos os órgãos e entidades administrativas foi acrescida essa nota distintiva, sem qualquer exceção. Trata-se de competência administrativa universal, portanto. [...] Ora, como nos contratos e ajustes administrativos o que a administração faz é exatamente dispor a respeito de seus interesses, modulando-os à hipótese factual, é por demais evidente que se trata de campo fértil a soluções por meio de arbitragens”[9], cujas adoções, via editais de licitações, vão ao encontro da legalidade e sobre os quais cabe a adesão pelos licitantes que delas tencionam participar.

8. Nesse contexto é que se deve interpretar o art. 27 da Lei Complementar estadual nº 144/2018 e, portanto, sob a premissa de que a preceituação da submissão dos conflitos relativos às licitações e ajustes administrativos, “preferencialmente”, ao procedimental arbitral perante a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual vinculada à Procuradoria-Geral do Estado, traduz predileção legal que, porquanto alinhada ao disposto nas Leis federais nºs 13.105/2015, 13.140/2015 e 9.307/1996, não admite a aleatória negativa da adoção da cláusula compromissória pela Administração, senão a título excepcionalíssimo, devidamente justificado no caso concreto à conta do interesse público que lhe envolve.

9. Em outras palavras, a margem restrita de discricionariedade que sobeja ao gestor público para a abstenção da incorporação da cláusula compromissória no instrumento convocatório e no respectivo ajuste administrativo obsta que se filie à vertente proposta, com anseio generalizante, pelo Parecer Jurídico GOINFRA/PR-PROSET-ANS-18760 nº

145/2022 (000028161639), em prol da liberdade de definição pelo “titular de cada órgão/ente estadual [...] pela sua inserção, ou não, nos ajustes que firmará”, quando, ao revés, há de prevalecer como regra justamente a tese da obrigatoriedade da sua adoção, nos moldes orientados pelo Despacho nº 652/2018 SEI – GAB (3786650), que ora ratifico independentemente de transcrições, com esboço no princípio da legalidade.

10. Isso não significa, porém, que não assista razão ao opinativo da Procuradoria Setorial Agência Goiana de Infraestrutura e Transportes (000028161639), especificamente na parte em que defende que “diante da preferência legal pela adoção da arbitragem, eventual decisão pelo afastamento deste método alternativo de resolução de controvérsias”, para além das hipóteses abordadas pelo item 8 do Despacho nº 652/2018 SEI – GAB (3786650), “deve ser devidamente justificado pela autoridade máxima do órgão / ente” interessado e, vale aditar, ainda assim mediante objetiva demonstração da melhor consonância da via judicial para atendimento do interesse público subjacente ao caso concreto, além da excepcionalidade da sua eleição, “sob pena de nulidade do ajuste”.

11. Caberá à Administração, na prática, averiguar os interesses em jogo e evidenciar a superioridade das vantagens que poderão ser obtidas com a específica adoção do meio judicial para a solução do conflito, bem como os riscos e/ou impedimentos para o perfilhamento com os mecanismos da “ADR – Alternative/Adequate Dispute Resolution (Solução Alternativa/Adequada de Disputas)”, com o propósito de, assim, legitimar o distanciamento ao favoritismo expresso no art. 27 da Lei Complementar estadual nº 144/2018.

12. Com efeito, endosso o disposto na alínea “c” do item 0.10 do Parecer Jurídico GOINFRA/PR-PROSET-ANS-18760 nº 145/2022 (000028161639), muito embora peço vênias para destoar do restante das considerações veiculadas na aventada explanação.

13. Ante o exposto, aprovo parcialmente o Parecer Jurídico GOINFRA/PR-PROSET-ANS-18760 nº 145/2022 (000028161639), com as ressalvas e os acréscimos delineados, vindo a reformular as conclusões nele lançadas com a síntese das seguintes orientações:

(i) prevalência da regra geral acerca da obrigatoriedade da inclusão, no instrumento convocatório e nos contratos, convênios e demais ajustes congêneres firmados pelas pessoas jurídicas de direito público ou privado integrantes do Estado de Goiás, de cláusula compromissória de submissão dos conflitos ao procedimento arbitral perante a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual, na forma do art. 27 da Lei Complementar estadual nº 144/2018 e consoante as diretrizes lançadas pelo

paradigmático Despacho nº 652/2018 SEI – GAB (3786650), e;

(ii) para além das hipóteses elencadas pelo item 8 do Despacho nº 652/2018 SEI – GAB (3786650), apenas em caráter excepcional poderá ser admitida a não adoção, pelo ato convocatório e ajustes da Administração, de cláusula compromissória voltada à resolução de eventuais conflitos de interesse e conquanto que devidamente justificado pela autoridade máxima do órgão/entidade interessada, inclusive com objetiva demonstração da melhor conformidade da via judicial para atendimento do interesse público no caso concreto e configuração de riscos e/ou impedimentos para a sujeição da causa à procedimento arbitral, sob pena de nulidade do ato por prática de conduta contra ordem passível das responsabilizações cabíveis.(REVOGADO PARCIALMENTE PELO DESPACHO Nº 493/2023 - GAB)

14. Matéria orientada, restituo o processo à Agência Goiana de Infraestrutura e Transportes, por meio da Procuradoria Setorial, para os devidos fins. Antes, porém, dê-se ciência da presente manifestação aos Procuradores do Estado lotados nas Procuradorias Judicial, Regionais, Setoriais da Administração direta e indireta e no CEJUR, na medida em que traz integralizações ao Despacho Referencial nº 652/2018 SEI – GAB, proferido no processo administrativo nº 201800003011382.

Juliana Pereira Diniz Prudente

Procuradora-Geral do Estado

GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

[1] Processo administrativo nº 201800003011382.

[2] In: <https://www.procuradoria.go.gov.br/files/Portarias2019/Portaria2020/PortariaN170.pdf>.

[3] MOREIRA, Egon Bockmann. CUÉLLAR, Leila. Câmaras de autocomposição da administração pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de aplicação. In: Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 78.

[4] CUÉLLAR, Leila. O advogado como arquiteto de processos. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. Op. cit., p. 19.

[5] GARCIA, Flávio Amaral. A escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais. In: CUÉLLAR, Leila;

MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. Op. cit., p. 127.

[6] MOREIRA, Egon Bockmann. CUÉLLAR, Leila. Administração Pública e Mediação: Notas Fundamentais. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. Op. cit., p. 54/56.

[7] CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. Op. cit., p. 44-45/52/61-62/165.

[8] MOREIRA, Egon Bockmann. CUÉLLAR, Leila. Administração Pública e Mediação: Notas Fundamentais. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. Op. cit., p. 61.

[9] MOREIRA, Egon Bockmann. Arbitragem, Administração Pública e a Nova Lei de Introdução. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. Op. cit., p. 162.

NÚCLEO DE NEGÓCIOS PÚBLICOS, do (a) PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO , ao(s) 15 dia(s) do mês de abril de 2022.

**** Este é um documento de consulta e não substitui a versão oficial.***