

Por que criar amarras à Arbitragem na Administração Pública?

O projeto de lei do Senado n. 460, de 2013, que altera a lei de arbitragem, lei nº 9.307/96, tem como objetivo o aprimorando o texto legal vigente. É louvável a iniciativa pedagógica em se reafirmar o uso da arbitragem como forma de solução de conflitos patrimoniais disponíveis em contratos com a Administração Pública (união, estados, municípios, fundações, autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas), porém ao se estabelecer que a arbitragem nessa área tenha previsão em edital, a necessidade de regulamento posterior e vedar a decisão por equidade, passa a criar empecilhos e amarras que estão na contramão da apregoada iniciativa de modernização do texto legal, com objetivo de incentivar o uso e aumentar a segurança jurídica do instituto da arbitragem.

Não se coadunam com a tradição do direito brasileiro as restrições impostas à arbitragem no setor público previstas no projeto. A arbitragem sempre esteve associada ao desenvolvimento nacional. Desde a época imperial as primeiras concessões de serviços e obras públicas que trouxeram as estradas de ferro, a iluminação pública o transporte fluvial tiveram a arbitragem incorporada nesses contratos. Nunca houve a necessidade de lei específica para autorizar a Administração Pública a valer-se da arbitragem. Foi no avoengo texto das Ordenações Filipinas (1603) que Rui Barbosa iniciou estudo e demonstrou que todas as pessoas de direito público podiam se valer da arbitragem para solucionar conflitos. Ainda, a par de interpretações restritivas existentes no século passado sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública coube ao Supremo Tribunal Federal (STF) esclarecer definitivamente a questão fixando três premissas: a) a existência de lei processual que preveja a arbitragem; b) pode firmar convenção de arbitragem quem pode contratar; e c) a matéria ser de direito disponível. Tudo, portanto, de acordo com o disposto no atual art. 1º da lei n. 9.307/96.

O impulso e incentivo à previsão da arbitragem foram ressaltados nas leis das agências reguladoras, parceria público-privada (PPP) e lei geral das concessões; enfim, um ambiente promissor para a arbitragem na Administração Pública, aliado ao indiscutível viés econômico de sua previsão, gerando economia nos custos de transação e benefícios econômicos para a sociedade e os cofres públicos. Não é sem razão que os contratos de concessão e PPPs, com financiamentos de Bancos de Fomento Internacional, por recomendação destes, incluem a arbitragem para resolução de dissensos.

O Brasil neste ano foi indicado pelo *Global Arbitration Review* como o país que teve o desenvolvimento mais tangível no âmbito da arbitragem. Concorreram ao prêmio Estados Unidos, Áustria, Bélgica etc. O agraciamento do Brasil foi justificado por ter adequado marco regulatório (lei n. 9.307/96), pelo julgamento no STF em 2002 do incidente de inconstitucionalidade que referendou a lei em sua inteireza, bem como a profícua jurisprudência judicial, em especial, a do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Esses fatores outorgam a segurança jurídica indispensável à utilização da arbitragem, que agora se vê ameaçada por sugestões de alteração para área pública que não visualizam a lei como um todo harmônico e sistêmico. Isto porque ao se estabelecer que somente poderá existir arbitragem no contrato se estiver prevista no edital de licitação, alija e diminui o poder de contratar da Administração, já que lhe será amputado o direito de firmar compromisso arbitral posteriormente. Para a Administração Pública somente existirá a figura da convenção de arbitragem na espécie cláusula compromissória. Esta questão já foi definida pelo STJ em 2011, no acórdão (REsp. n.904.813/PR) relatado pela Ministra Nancy Andrighi, confirmando o disposto pelo STF: em decorrência do poder de contratar a Administração pode firmar compromisso arbitral, mesmo sem previsão no edital ou no contrato (cláusula compromissória).

O outro empecilho criado condiciona a utilização da arbitragem à regulamentação posterior do executivo. Não se vislumbra quando seria expedido e quais as condições para se dispor da arbitragem nos contratos com a Administração. Tendo como exemplo o que ocorre em outros setores que demandam regulamentação, a iniciativa poderá gerar anos de espera em detrimento de contratações imprescindíveis nas áreas de infraestrutura para mobilidade urbana e logística.

A terceira restrição imposta à Administração Pública também não observa a estrutura harmônica e sistêmica da lei n. 9.307/96. Ao coibir o uso da decisão arbitral por equidade, ou seja, determina que os árbitros somente poderão decidir com base nas regras de direito estrito e não apenas em considerações de justiça, justificando-as, quebra toda a estrutura do artigo 2º da lei em vigor, que regula também a possibilidade de os árbitros decidirem com base nos princípios de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio (*soft law* e *lex mercatoria*). Isto porque tais disposições estão umbilicalmente vinculadas à flexibilidade inerente à arbitragem, que tem na equidade sua etnia.

A lei de arbitragem tem índole processual e material e estenderá sua aplicação aos entes públicos que atuam no plano internacional em setores auto regulamentados, compromissados com posturas internacionais nas áreas bancárias, em setores de gás e petróleo e outras atividades econômicas vinculadas a padrões de negócios próprios (*business standard*). Nesses segmentos tais diretrizes são de acatamento obrigatório para todos que fazem negócios nesses ambientes, porém essas estipulações não são leis.

Poderá haver situações em que para as sociedades de economia mista ou empresas públicas em contratos internacionais ser mais seguro e de bom senso autorizar os árbitros a solucionar a questão com base nos princípios gerais de direito internacional, do que aplicarem um direito desconhecido ou que tenha base em padrões religiosos (direito islâmico).

Até mesmo se previsto no contrato a aplicação dessas regras que teriam no poder negocial a força criadora de norma jurídica, no dizer de Miguel Reale, surgirão vozes acoimando-as de ilegais, pois com a desestruturação das premissas inerentes à arbitragem (equidade), estariam vedadas estipulações correlatas.

Se a um primeiro momento essa vedação ao uso da equidade possa parecer adequar-se ao conceito de legalidade estrita, há de se notar, pelos motivos acima mencionados, um retrocesso, já que gera incerteza e turbulência para setores da Administração Pública, com efeitos perversos para a sociedade. Retirar do projeto de lei a restrição da previsão da arbitragem somente no edital, da fixação de premissas em regulamentação posterior e a vedação do uso da equidade são medidas de bom senso que acompanhariam a efetiva e adequada evolução da arbitragem no setor público.

Selma Ferreira Lemes, advogada, mestre e doutora pela Universidade de São Paulo. Autora do livro "Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica", São Paulo, Quartier Latin, 2007. www.selmalemes.com.br

(Artigo publicado no Jornal Valor Econômico em 15.08.2014)