

Arbitragem na Administração Pública não precisa de regra posterior

05/01/2015

Spacca

A arbitragem é uma forma de solução extrajudicial de controvérsias regulada na Lei 9.307/96. As partes num contrato podem estabelecer que os conflitos dele surgidos sejam dirimidos por árbitros, independentes e imparciais. Tanto as pessoas de direito público, como privado podem dispor da arbitragem.

Tramita no Congresso Nacional projeto de lei (PLS 406/13 e PL-CD 7.018/14) que pretende alterar a Lei de Arbitragem (LA), com o objetivo de aprimorar seu texto. Na área da Administração Pública, a alteração proposta condiciona a arbitragem a uma regulamentação posterior, a ser editada pelo Executivo, sendo que não há utilidade e necessidade dessa previsão.

Arbitragem não é matéria de Direito Administrativo, mas de Direito Civil e de Direito Processual Civil, selou o Supremo Tribunal Federal (AI 52.181, RTJ 68/382).



A questão é simples. Pode firmar cláusula compromissória que pode contratar. Assim é que nos Contratos de Concessão de Obras e Serviços Públicos e nas Parcerias Público-Privadas (PPPs), tudo que diga respeito a direito patrimonial disponível, isto é, tudo que tenha reflexo econômico pode ser dirimido por arbitragem. Não está em discussão ato administrativo, mas cláusulas contratuais que regulam a equação econômico-financeira do contrato.

Não depende de nenhuma condição ou premissa a ser regulada posteriormente. A Administração Pública, levando em consideração a natureza do contrato a ser firmado, avaliará se disporá da arbitragem, como método de solução de conflitos oriundos daquele contrato, ou não.

A principal justificativa em se optar pela arbitragem nos contratos privados e públicos é preponderantemente econômica. A arbitragem, instrumento jurídico, é também ferramenta econômica. Estudos demonstram que esta cláusula gera economia nos custos de transação, isto é, se o contratante privado tiver conhecimento que a Administração Pública optará pela solução de conflitos por arbitragem, o preço do serviço ou fornecimento de bem objeto do contrato será menor. Poderá gerar uma economia de até 58% nos custos do processo, se optar pela arbitragem em vez de demanda judicial.

Estudos de economistas efetuados em mil contratos de concessão de serviços e obras públicas nos países da América Latina e Caribe, entre 1989 e 2000, demonstram que prever a



arbitragem facilita a renegociação, bem como pode representar uma diminuição de até 20% do valor das tarifas pagas pelos usuários. Não é sem razão que os bancos de fomento internacional, tal como o Banco Mundial, tenham a previsão da arbitragem ao financiarem obras públicas.

Desde a edição da Lei Federal das PPPs e de suas congêneres estaduais e municipais há dez anos, a arbitragem vem sendo estudada e regulada em contratos administrativos. Cada ente da Administração Pública direta e indireta, federal, estadual e municipal tem liberdade de estabelecer o conteúdo da cláusula arbitral e o procedimento a ser seguido. A cláusula compromissória observa a mesma premissa das demais cláusulas do contrato administrativo. Nos contratos de concessão e PPPs, o contratado privado (investidor) é um parceiro da Administração. Todos têm interesse em que esses acordos com até 30 anos de vigência sejam cumpridos, consoante as premissas fixadas no edital e no contrato.

Vincular a utilização da arbitragem pela Administração Pública à regulamentação posterior no texto da LA cria dois óbices desnecessários. Primeiro, não se sabe quando sairá essa regulamentação, o que poderá obstaculizar o andamento de projetos de PPPs e concessões por anos, a par do que ocorre em outros setores. Segundo, gera incerteza e insegurança, pois não se sabe quais serão os requisitos e restrições que disporá.

Não há nenhuma necessidade de se atravancar algo que vem sendo adequado e competentemente utilizado. Só nos estados de São Paulo e Minas Gerais, já há uma dezena de contratos de PPPs prevendo a arbitragem. São contratos complexos, bem planejados e estudados com acuidade pelas assessorias jurídicas desses estados, que orientam a redação adequada de cláusulas compromissórias e seus respectivos conteúdos. A Administração pode até prever e regular normas internas sobre a questão, mas não precisa de nenhuma disposição na LA para isso.

Neste ano a LA completou 18 anos de vigência. A alteração proposta no PL para a utilização da arbitragem na Administração Pública é um *presente de grego* para a sociedade brasileira.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-jan-05/arbitragem-administracao-publica-nao-regra-posterior/>