

### **Uso da Arbitragem na Administração Pública**

Solucionar controvérsias contratuais por arbitragem quando a Administração esteja envolvida é tema que suscita muitos debates. Entre eles, o de discernir o que é direito patrimonial disponível (âmbito de abrangência da arbitragem) nas questões estatais e o possível conflito entre dois dispositivos da lei de licitação; um que elege o foro judicial e, o outro, que determina a aplicação dos princípios dos contratos empresariais.

Um bom guia é partir da premissa que quando a Administração atua no interesse da coletividade, adotando políticas referentes à segurança e o bem estar da sociedade, são interesses fora do mercado (indisponibilidade absoluta); são os interesses públicos primários. Já, quando adota condutas para operacionalizar os interesses públicos primários que possam ser quantificados e tenham expressão patrimonial, estamos diante dos interesses públicos derivados; portanto, disponíveis e suscetíveis à arbitragem.

Não se trata de examinar nem decidir sobre a legitimidade de atos administrativos (interesse primário), mas de suas conseqüências patrimoniais (interesse derivado) externadas nos contratos administrativos.

Quanto ao conflito gerado entre os dois dispositivos da lei de licitação, há opiniões que defendem a necessidade de lei expressa neste sentido e, as que propendem a aplicar supletivamente a legislação civil que autoriza a arbitragem, posto que para negar autoridade à Administração deveria existir dispositivo expresso, tal como efetuado pelo DL 960/38, que vetou o uso da arbitragem no caso de dívidas fiscais.

Em decorrência das privatizações e dos novos paradigmas do direito administrativo moderno, flexibilizaram-se as normas contratuais procurando o equilíbrio entre os contratantes, enaltecendo a lealdade contratual e que estes tipos de contratos eram de colaboração. Assim, diversas leis foram editadas e nelas inseridas a solução extrajudicial de conflitos.

Atualmente, os países cada vez mais reivindicam a participação privada em empreendimentos públicos, para fazer face aos vultosos investimentos. Exemplos significativos foram os contratos de concessão vinculados à ampliação da Rodovia dos Imigrantes, em São Paulo e a construção do Eurotúnel (em que a arbitragem foi amplamente utilizada).

Para os setores conservadores que pretendem uma aplicação restritiva da arbitragem para a Administração lembramos que desde os tempos imperiais ela se faz presente, tais como, nos contratos de concessão da Leopoldina Railway, Western Telegraph e outros. A Suprema Corte, no caso Lage, referendou este entendimento e, em 1999, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal esclareceu que se aplicam aos contratos administrativos a legislação privada, quando apreciou a inserção da cláusula de arbitragem em contrato de ampliação da estação de tratamento de esgotos de Brasília.

Recentemente, dois precedentes na área têm suscitado perplexidades e repercussões internacionais nefastas ao país. São entendimentos equivocados, desalinhados com os novos textos legais e seus princípios. O primeiro originado do Tribunal de Contas da União - TCU

envolvendo a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE. O TCU determinou a exclusão da arbitragem nos contratos, pois “referida cláusula era contrária à administração pública”, como se a arbitragem fosse uma figura espúria. O outro foi pleito da Companhia Paranaense de Energia –Copel, no qual o Judiciário obstaculizou procedimento arbitral instaurado no exterior, não atentando ao estipulado no contrato e em Convenção Internacional, recém vigente no ordenamento interno.

No edital e nas tratativas contratuais a Administração inseriu as cláusulas arbitrais. Agora, no caso da Copel, a Administração diz que a cláusula de arbitragem é nula, que não poderia submeter-se à arbitragem por faltar-lhe competência e por ser a matéria de direito indisponível.

A capacidade para contratar da Administração é indiscutível. A matéria objeto do contrato é de interesse público derivado, patrimonial (compra e venda de energia). Na seara internacional essa conduta já é conhecida, sendo que o Instituto de Direito Internacional em 1988, por meio de resolução esclareceu que “um Estado, uma empresa de Estado ou uma entidade estatal não podem invocar sua incapacidade de concluir uma convenção de arbitragem, para recusar a participar de uma arbitragem que haviam consentido.”

Estes casos representam a antítese do que se verifica no mundo. Em Portugal, por exemplo, uma resolução expedida pelo Conselho de Ministros em 2001, orientando o setor público, na linha legal, a utilizar a arbitragem, determinou que “o reforço da qualidade da democracia e o aprofundamento da cidadania sugerem também a construção de uma nova relação do Estado com os cidadãos e com as empresas. Exige que o Estado, ele mesmo, voluntariamente, aceite e promova exemplarmente a resolução de seus litígios fora dos tribunais.”

Os bons ventos de além-mar precisam ecoar em plagas brasileiras.

***Selma Ferreira Lemes, advogada, mestre e doutora pela Universidade de São Paulo. Membro da Comissão Relatora da Lei de Arbitragem.***

Obs.: Este artigo é o **sexto** de uma série de 10 artigos publicados no Jornal Valor Econômico em 2003