

# O uso da arbitragem e o progresso nacional

**“É inoportuna a vedação do uso da arbitragem para o setor público incluída na emenda da reforma do Judiciário”**

Por **Selma Ferreira Lemes**

**O**s novos paradigmas que orientam a gestão pública, decorrentes das reformas constitucionais ocorridas a partir da década passada, transformaram o Estado em agente supervisor e gestor de obras e serviços públicos, que passaram a ser exercidos pelos particulares (concessão, autorização e demais parcerias público-privadas). A relação contratual entre a administração e o particular foi flexibilizada, apesar da permanência das cláusulas especiais que autorizam o poder público a rever as bases contratuais. As demais regras se aproximam dos contratos privados, tais como a aplicação dos princípios

jurídicos da boa-fé, da confiança, da lealdade contratual, da transparência e do equilíbrio, que fornecem as bases para a correta e harmoniosa governança contratual, cujo objetivo é prestar serviço adequado ao usuário final.

Componente importante desses contratos é a forma de como solucionar controvérsias. Geralmente são eleitas as formas extrajudiciais, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Na arbitragem, um terceiro indicado pelas partes (árbitro ou tribunal arbitral), pessoa independente (não pode ter nenhuma vinculação com as partes) e imparcial (não pode ter interesse no assunto) resolverá o conflito. Ambas as partes serão tratadas durante o processo com igualdade e direito de defesa, de acordo com o que estabelece a Lei nº 9.307/96 — a Lei de Arbitragem.

A arbitragem presta-se para solucionar questões que digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis, tudo que possa ser transacionado e disposto em contrato. Na área pública, as questões que dizem respeito aos interesses públicos primários — aqueles em que o Estado decide com poder de império — não são arbitráveis, mas, quando são operacionalizados e têm fins patrimoniais, passam a ser interesses públicos derivados, que são arbitráveis. Assim, por exemplo, compete à administração decidir

se constrói uma estrada ou uma ferrovia, o tamanho dos trilhos ou o tipo do asfalto que serão utilizados (interesse público originário), mas a execução da ferrovia ou da estrada representa interesse público derivado. Esse contrato poderá eleger a arbitragem para solucionar as controvérsias surgidas e que tenham repercussões patrimoniais. Não importa se o contratante é o Estado, uma autarquia (agências reguladoras), uma empresa pública ou sociedade de economia mista. Todos, nesses tipos de contratos, podem eleger a arbitragem. Aliás, na Lei Geral das Concessões Públicas, a conciliação e a arbitragem são obrigatórias.

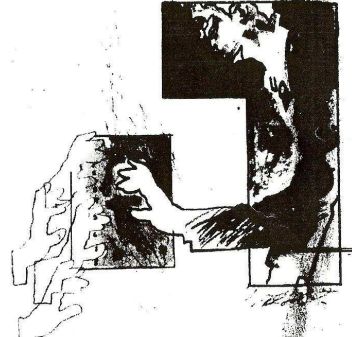
A arbitragem representa fator de otimização dos negócios, pois o contratante privado, sabendo que solucionará as pendências com rapidez e por pessoas especializadas (técnicos independentes e imparciais), poderá projetar custos menores. Não se submetem aos infundáveis processos judiciais. Para a administração, os reflexos positivos serão triplos: primeiro, o custo menor para o erário representa a otimização e a eficiência que a administração, conforme imperativo constitucional, deve perseguir; segundo, o próprio Estado deixa de usar os serviços do Judiciário que ele custeia; e terceiro, com sua ausência como demandante, desobstruía

a pauta do Judiciário e permitirá, quiçá, maior eficiência na prestação jurisdicional aos cidadãos.

A estipulação da arbitragem em contratos cujos investimentos são vultosos é prática universal. O Eurotúnel anglo-francês, as estradas e pontes recentemente construídas em Portugal e a EuroDisney francesa são alguns exemplos de empreendimentos com cláusulas arbitrais.

Diante deste quadro, é totalmente inoportuna a vedação das entidades públicas em solucionar conflitos por arbitragem incluída no texto da emenda constitucional de reforma do Judiciário, que atualmente tramita no Senado Federal e que será votada nos próximos dias. O deservço que se presta ao país é inestimável. Primeiro, que não é necessariamente matéria para estar disposta na Constituição Federal, mas em lei ordinária. Ademais, se fosse o caso, deveria referendar o uso da arbitragem no setor público, tal como já disposto na lei ordinária e reconhecido pela jurisprudência e doutrina. Segundo, contraria o preâmbulo da Constituição, que incentiva a solução pacífica de controvérsias.

O interesse público, no seu sentido amplo, tem como objetivo impulsionar o desenvolvimento, atrair os investimentos particulares nacionais ou estrangeiros para auxiliar o Estado a modernizar a prestação de serviços públi-



cos, muitas vezes obsoletos e rudimentarmente prestados. Necessitamos incrementar a infraestrutura nacional, construir estradas, portos, saneamento básico etc. As estatísticas comprovam que essas atividades representam a geração de milhares de empregos e incrementam a cadeia produtiva. Para que tudo isso ocorra, o maestro é o Estado, que deve deixar claro aos seus colaboradores a partitura a ser seguida, a honra aos contratos, para que possa ter quem se disponha a fazer parte da equipe e tocar na or-

questra. A arbitragem é o indispensável instrumento do músico.

Enfim, a vedação do uso da arbitragem para o setor público na emenda constitucional referida é um retrocesso que a ninguém interessa. Inovações são oportunas quando aprimoram as instituições jurídicas e incrementam o progresso da nação.

**Selma Ferreira Lemes** é advogada, membro da comissão relatora da Lei de Arbitragem e professora de arbitragem da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) em São Paulo e Rio de Janeiro.