

Arbitragem na Administração Pública: retrospecto e tendências no cenário brasileiro

Senhoras e Senhores, inicialmente agradeço ao Comitê Brasileiro de Arbitragem a honra e deferência de proferir esta palestra inaugural do XVIII Congresso Internacional de Arbitragem do CBAR (2019) e o faço na pessoa de seu presidente o Professor Giovanni Ettore Nanni, que com suas amáveis referências encontro-me emocionada.

Convido a todos, neste lindo fim de tarde e à luz do crepúsculo de Brasília, a uma viagem evolutiva no estudo do "Direito Administrativo e da Arbitragem". Verificaremos a (i) origem da arbitragem na história do Direito Público Brasileiro e a (ii) Evolução do Direito Administrativo no trato da arbitragem, inserida na remodelação do contrato administrativo, como impulsionador do desenvolvimento brasileiro na área de infraestrutura.

(i) História da Arbitragem no Direito Público

Sempre foi reconhecida no Direito Brasileiro a capacidade de a Administração Pública brasileira firmar a convenção de arbitragem. Ao empreender estudo profundo a respeito (textos legais avoengos), Rui Barbosa argui que as Ordenações Filipinas de 1603, ao tratar da capacidade para se comprometer ao mencionar "as partes" referia-se a "todas", sem exceção inclusive às pessoas de direito público. Nas primeiras concessões de serviços públicos, nas áreas de estradas de ferro e iluminação pública, a partir de 1850, já se previa a nomeação de árbitros para dirimir conflitos surgidos no âmbito desses contratos: "no caso de desacordo entre o governo e a companhia sobre a inteligência das presentes cláusulas, esta será decidida por árbitros nomeados (...) servirá de desempatador a seção do Império do Conselho de Estado". "O terceiro árbitro será sempre obrigado a conformar-se com a opinião de um dos árbitros, podendo, todavia, se a decisão versar sobre questões adversas adotar em parte a opinião de um ou outro sobre cada um dos pontos divergente." (Decreto nº 3.900 de 1867 e Decreto nº 7.959, de 1880).

Foi por meio das concessões públicas que no fim do império e início da República, o Brasil não somente passa a dotar de serviços públicos de iluminação, transportes ferroviários e aquaviários com

contratos prevendo a solução de conflitos por arbitragem, como as delimitações territoriais fronteiriças do Brasil foram definidas por arbitragem. Foram memoráveis os trabalhos de Rui Barbosa e o Barão de Rio Branco nessas arbitragens. Citem-se as arbitragens envolvendo as limitações com a Guiana Francesa (Questão do Amapá), Argentina (Questões de Palmas e Missões), Bolívia (Acre), reavivadas no excelente e recente livro do historiador e diplomata Luís Cláudio Villafañe Santos, *Juca Paranhos, Barão de Rio Branco*.

Em 1923, por ocasião da construção da estrada de ferro Madeira-Mamoré tivemos uma arbitragem por árbitro único: o General Candido Mariano Rondon.

Enfim, já se vê que a arbitragem com a Administração Pública esta vinculada totalmente ao passado histórico brasileiro e está no nosso DNA.

O STF no *leading case* da área, caso Lage (AI 52.181) decidiu, depois de 30 anos de discussão, em 1983 que:

“A capacidade de se comprometer é matéria de Direito Civil, pode se comprometer quem pode firmar contrato e também de Direito Processual Civil (procedimento).”

No âmbito das concessões de obras públicas, estas entraram em declínio a partir da década de 30 do século passado, pois o Estado passou a ser o executor e provedor de obras e serviços públicos diretamente, até que no início da década de 80 se deflagrou alteração na forma da atuação do Estado na economia, em decorrência das novas políticas de desregulamentação da economia, iniciada nos EUA e da desestatização na Inglaterra, com a proposta de novas formas de contratação, com o surgimento das denominadas parcerias público-privadas.

- (ii) A evolução do Direito Administrativo e o Papel da Arbitragem

Essas mudanças no papel do Estado na economia alcançaram o Brasil e a Constituição Federal de 1988 afasta definitivamente o Estado da atuação econômica.

O art. 174 determina que a atuação do Estado é de *“agente normativo e regulador da atividade econômica, e exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.»*

A atuação do Estado permanecerá somente nas áreas de segurança nacional e de relevante interesse coletivo (art.173)

A partir das Emendas Constitucionais de 1995, e as leis que se seguiram, passaram a operacionalizar os ditames constitucionais e estes instrumentos incluíam a arbitragem:

- Contratos de Obras, Prestação de Serviços de Fornecimentos de Bens (Lei n. 8.666/93, art. 6).
- Leis Geral das Concessões (Lei n. 8987/95 c/ nova redação das Leis 9.648/98 e n. 11.196/2005).
- Lei das PPPs (Lei n. 11.079/2004, art. 11,III, alterada pela Lei n. 12.766/ 2012).
- Lei da PPI (13334/2016).
- Lei da Relicitação (13448/2017).
- Lei das PPPs Estaduais e Municipais.

Em 1996 temos a Lei nº 9.307 aprovada e se inicia uma nova era para a arbitragem no Brasil.

Há quase 23 anos vivemos uma revolução silenciosa na forma da prestação jurisdicional.

Nesse contexto de mudança e da necessidade da participação do setor privado como agente de desenvolvimento econômico, passou-se a reconhecer o contratante privado como *parceiro e investidor*, e não somente como um contratado, com a finalidade de construir obra pública ou prestar serviço público. Esse parceiro assumi riscos e

objetiva lucros, consoante o disposto no contrato firmado que deve ser respeitado. As contratações são cada vez mais complexas e envolvem diversos agentes (financiamentos bancários, construtoras, fornecimento de equipamentos, seguros, resseguros etc.)

O Direito Administrativo passa a enfrentar uma mudança de paradigmas. Mesclam-se princípios e regras de Direito Administrativo e Direito Civil. Inicia-se a fase da *Administração Pública Consensual*.

É nesse contexto que se impulsiona o uso da arbitragem nos Contratos Administrativos, já que a arbitragem não representa apenas um *negócio jurídico*, mas também *negócio econômico e financeiro*, pois a convenção de arbitragem representa economia nos custos de transação, além de ser uma exigência dos contratantes estrangeiros e organismos internacionais de fomento (Banco Mundial, BIRD etc.), pois pelos valores vultosos dos investimentos em obras de infraestrutura, há a necessária participação de capital estrangeiro e a eleição de um foro neutro para solucionar conflitos é de mister.

Convivem as regras de contratos públicos (cláusulas exorbitantes) e as de direito privado. A arbitrabilidade objetiva refere-se a direitos patrimoniais disponíveis, que não conflitam com os interesses públicos indisponíveis, pois a área de aplicação da arbitragem refere-se aos interesses públicos derivados (cláusulas econômicas e financeiras) e não aos interesses públicos primários, estes indisponíveis. Como estabelece a jurisprudência do STJ, trata-se de interesse da Administração, patrimoniais e disponíveis. Ademais, os árbitros, como os juízes do caso terão toda a liberdade de julgar (art.18), pois é no contrato que está a fonte de sua decisão. Podem inclusive reconhecer e declarar, por exemplo, que uma caducidade decretada violou as regras contratuais. Estamos sob a égide do *Direito Administrativo Consensual*.

A Reforma na Lei de Arbitragem em 2015, Lei nº13.129 introduziu expressamente a possibilidade de a Administração Pública Direta e Indireta firmar convenção de arbitragem, com eminente finalidade pedagógica e para proteger o agente público (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Para a AP direta a autoridade que pode firmar contratos é aquela que pode celebrar convenção de arbitragem. (art.1º, § 2º).

Previu, também, esta nova regulamentação a publicidade na arbitragem com a AP o que já era praticado por força do art. 37 da CF/88.

A questão da publicidade observa as regras da Lei n. 12.527/ 2011 (Lei de Acesso à Informação – art. 6, III – informação protegida de terceiros).

Também passou a regular a vedação do uso da equidade substitutiva para as arbitragens com a AP. Mas não quanto a equidade corretiva, interpretativa, supletiva e quantificadora (também praticada pelo juiz).

Somente segundo as regras de direito podem ser processadas as arbitragens com a AP (art. 2º, § 3º)

A vedação da equidade não atinge a aplicação pelo árbitro dos usos e costumes e as regras internacionais de comércio nos mercados autorregulados, dos quais participam empresas públicas e sociedade de economia mista, como a Petrobras e o Banco do Brasil.

Os Contratos de Concessão de Obras e Serviços Públicos, as diversas modalidades de PPPs e as recentes PPIs, dispõem da arbitragem como forma de solução de controvérsias, além dos Comitês Técnicos de Solução de Disputas (*Dispute Boards*). Isso tanto nas áreas federal, como estaduais e municipais.

Também os Estados têm legislações a respeito da operacionalização da arbitragem, tais como é o caso de Minas Gerais (Lei Estadual nº 19.477 de 2011); Lei do Estado do Rio de Janeiro, Decreto nº 46.245, de 2018; Lei nº 10.885 de 2018 do Estado do Espírito Santo; e Decreto nº 64.245 de 2019 do Estado de São Paulo.

Iniciativas promissoras, com caráter pedagógico e profilático, tanto no sentido de proteger o agente público em razão da Lei de

Responsabilidade Fiscal, como de orientar a prática da arbitragem nos contratos firmados pela AP desses Estados.

O tamanho da economia brasileira na América Latina e no mundo, a necessidade de obras de infraestruturas em diversas áreas, tais como, aeroportos, rodovias, ferrovias, portos (logística em geral para escoar a sua produção, especialmente o agronegócio) fazem com que os contratos administrativos de concessões, PPPs, PPIs sejam os impulsionadores do desenvolvimento e neles a arbitragem tem papel protagonista.

O protagonismo da arbitragem nas contratações públicas atuais tem a chancela do novo Direito Administrativo, analisado sob a ótica constitucional. São novos paradigmas que colocam por terra conceitos desatualizados e ranços como a “predominância do interesse público” na vertente antagônica com o “interesse privado”; na interpretação restritiva e engessadora do princípio da legalidade, objeto de estudo arguto de Gustavo Binbenbojm no seu livro “Uma Teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização”.

O princípio da legalidade deve ser entendido na sua vertente finalística. A Administração Pública se move no sentido de produzir resultados úteis e eficientes à sociedade e aos cidadãos.

No Chile há um princípio exemplar na Constituição no art. 1º: O princípio da *Servicialidad* do Estado. O Estado está a serviço da pessoa humana e sua finalidade é promover o bem comum provendo as necessidades dos cidadãos.

Este princípio constitucional chileno encontra paralelo na CF brasileira, nos artigos. 1º e 3º ao dispor que seus fundamentos são “a cidadania e a dignidade da pessoa humana”.

Esse novo olhar do Direito Administrativo, faz com que ele seja interpretado a partir da Constituição e nele a figura central é a base de interpretação da ponderação de princípios, da proporcionalidade, e nestes os princípios da legalidade, da economicidade, da eficiência e da moralidade (artigos 37 e 70 da CF).

Trata-se de um novo paradigma evolutivo do Direito Administrativo, agora na sua vertente evolutiva de *Direito Administrativo Constitucional*.

Com ele se mesclam os princípios de direito privado presentes na *Direito Administrativo Consensual*, os princípios da boa-fé, da lealdade, da confiança legítima, do cumprimento dos compromissos assumidos etc. que outorgam a tão necessária segurança jurídica erigida a um dogma para a Administração Pública.

A Lei nº 13.334/2016 que constitui objetivos das PPI prevê:

"Art. 2º , IV - assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da intervenção mínima nos negócios e investimentos."

"Art. 3º Na implementação do PPI serão observados os seguintes princípios:

I - estabilidade das políticas públicas de infraestrutura;

II - legalidade, qualidade, eficiência e transparência da atuação estatal; e

III - garantia de segurança jurídica aos agentes públicos, às entidades estatais e aos particulares envolvidos."

Outro norte para a Administração Pública decorre da MP aprovada ontem no Senado e que em breve se converterá em Lei. A MP da Liberdade Econômica determina:

"Art. 4º É dever da administração pública (...) evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

VI - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios. "

A arbitragem constitui diminuição nos custos de transação!

É neste contexto de mudanças do Direito Administrativo, agora na sua vertente de *Direito Administrativo Constitucional*, que se insere

de forma pujante a arbitragem, como forma de solução de conflitos nos contratos firmados com a Administração.

Há aumento significativo da participação da Administração Pública na arbitragem. Na pesquisa que efetuamos sobre "Arbitragens em Números e Valores", em 2016 eram processadas 55 arbitragens com a AP num dos polos (CAMARB, CAM-CCBC, CAM FIESP/CIESP, CAM-BOVESPA e CAM-FGV), atingindo 9% dos casos processados naquelas Câmaras.

No Estado de São Paulo, na AP Direta, já existem 12 arbitragens.

O desenvolvimento da arbitragem no setor público tem como base essa nova forma de conceber o Direito Administrativo; reitere-se na vertente Constitucional. São os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade que estão na base da arbitragem.

Assim é que novos temas estão surgindo no âmbito da arbitragem com a Administração Pública, tais como: a presença de *Amicus Curie* nos processos arbitrais; os reflexos da corrupção (operação lava jato) nos contratos públicos com cláusula compromissória; a possibilidade dos árbitros opinarem sobre multas contratuais fixadas pela Administração Pública nos contratos de concessão etc.

Outro novo tema, seria pensar em alterar o conceito de *direito patrimonial disponível*, que consta do art. 1º da Lei de Arbitragem, para simplesmente adotar o conceito de *patrimonialidade*, como já consta do CC no art. 852.

São novos temas que repercutem no desenvolvimento da arbitragem com a Administração Pública e compete também à doutrina auxiliar. É necessário aprofundar-se, desenvolver estudos sobre temas complexos no âmbito da arbitragem com a Administração Pública, entre eles, e talvez o mais importante o conceito de "direito disponível" e a "indisponibilidade do interesse público", para fins de classificação da *arbitrabilidade objetiva*.

Gostaria de expressar meu sentir de que tudo demonstra que estamos **a caminho** de uma terceira fase do Direito Administrativo.

Agora na sua vertente de *Direito Administrativo Arbitral*, o que nos faz recordar o poema do poeta espanhol Antonio Machado, quando afirma:

"Caminhante não há caminho; caminho se faz ao andar."

Caminha-se com ideias novas, arejadas e que auxiliem o desenvolvimento do Brasil!

Muito Obrigada!

Brasília, 22 de agosto de 2019