

Novos rumos da mediação e arbitragem na Administração Pública brasileira

Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira

Professor Doutor de Direito Administrativo da USP. Pós-Doutor em Arbitragem Internacional pelo Max-Planck-Institut (Hamburgo). Especialista em Arbitragem Internacional pela Queen Mary University of London. Educação Executiva em Negociação pela Harvard University. Presidente da Comissão da Administração Pública do CAM-CCBC. Árbitro na CAMARB, CAESP, CAM-FIEP e Câmara FGV-Rio.

Guilherme Baptista Schwartzmann

Certificado em Arbitragem Internacional pela Queen Mary University of London. Membro da Comissão da Administração Pública do CAM-CCBC. Atua no escritório Justino de Oliveira Advogados.

A Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal aprovou, em caráter terminativo, em dezembro de 2013, os Projetos de Lei nº 406/2013, para a reforma da Lei de Arbitragem, e 517/2011, sobre a mediação entre particulares e a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Remetidos à Câmara dos Deputados sob os números 7.108/2014 e 7.169/2014, os Projetos de Lei confirmam a adoção de uma nova postura pelo Poder Público em face de suas relações contratuais, voltada à busca da paridade e do consenso.

Tanto a arbitragem quanto a mediação fazem parte do fenômeno *Alternative Dispute Resolution*, corrente contemporânea que percebe o recurso ao judiciário como apenas mais uma das alternativas disponíveis para a solução de controvérsias. A sua utilização por parte da Administração Pública tem grande perspectiva de satisfazer o interesse público com maior eficiência, pois busca a resolução do conflito com maior celeridade, tecnicidade e imparcialidade, de maneira diversa a tradicional litigiosidade e morosidade do judiciário.

Os dois métodos apresentam características distintas. A arbitragem é um meio privado, alternativo à jurisdição estatal, de solução de litígios, no qual as partes decidem submeter suas controvérsias a um terceiro em cuja expertise confiam. Após um

procedimento convencionado entre as partes, este terceiro chega a uma decisão que é final e vinculante entre as partes.

A mediação de um conflito, por sua vez, pode ser definida como a intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes nele envolvidas, conduzindo a negociação em etapas sequenciais, dirigindo o “procedimento”, mas abstendo-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e de propor fórmulas de acordo, com vistas à busca de uma solução da disputa pelas próprias partes.

A utilização de ambos os institutos revela a tendência de fortalecimento da negociação na esfera da Administração Pública, expressada por via de acordos. Os dois Projetos de Lei representam uma tentativa do legislador de estimular a prevenção e a resolução consensual dos litígios administrativos, consolidando algumas práticas que já vem sendo empregadas pelo Poder Público.

1. A arbitragem com o Poder Público no Brasil: quando a prática se impõe

O Estado brasileiro está atualmente comprometido com projetos de infraestrutura em larga escala, negócios de natureza financeira e participação no mercado. Atua na regulamentação e ao mesmo tempo fomenta a economia, envolvendo-se em contratos de altíssima sofisticação. Nesse contexto, a notável letargia do judiciário em dirimir questões triviais, sem falar em litígios de maior complexidade, gera uma atmosfera de insegurança sob os possíveis parceiros privados e o futuro de seus investimentos.

A previsão de cláusula arbitral em contratos da Administração Pública direta e indireta se coloca como garantia à proteção dos interesses do investidor, principalmente o estrangeiro, na medida em que inviabiliza ou ao menos evita o proferimento de decisões tendentes a privilegiar as partes locais.

JUSTINO DE OLIVEIRA

ADVOGADOS

CONSULTORIA EM DIREITO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Ressalta-se que a legislação brasileira já respalda a inserção da arbitragem em contratos públicos. A Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004) e a Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995) preveem expressamente a possibilidade do uso da arbitragem como mecanismo de resolução de controvérsias decorrentes ou relacionadas ao contrato. No âmbito estadual, as Leis 11.688/04 e 19.477/11, dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, respectivamente, trazem disposições sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígios nos quais o Estado seja parte.

Entende-se, ainda, em posição sustentada por grande parte da doutrina, que a Lei de Licitações e Contratos (Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993) dispõe de autorização genérica para a utilização do juízo arbitral pelo Poder Público.

Demais disso, a viabilidade da arbitragem envolvendo a Administração Pública pode ser aduzida da própria Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/94) que prevê no art. 1º que *“as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”*. Assim, sendo pacífico o entendimento que o Poder Público pode contratar, a matéria arbitrável se restringe aos chamados “direitos patrimoniais disponíveis”, ou seja, controvérsias revestidas de valor econômico e que o inadimplemento possa ser neutralizado por medidas cujo conteúdo é de cunho econômico.

O Projeto de Lei nº 406 de 2011, caso aprovado, acrescentará à Lei de Arbitragem os seguintes dispositivos: “Art. 1º § 1º A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados. § 2º A autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.” (NR) “Art. 2º § 3º As arbitragens que envolvem a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade.”.

A despeito de entendermos não haver obrigatoriedade de expressa autorização legal para a utilização do juízo arbitral pela Administração Pública¹, deve-se reconhecer que a previsão de uma autorização expressa em lei geral, como pretende ser o § 1º do artigo 1º, fornece amparo legal e confiança para a decisão do gestor público em inserir cláusulas arbitrais em contratos da Administração Pública.

Entretanto, o § 2º do artigo 1º é passível de suscitar controvérsias quanto à sua exequibilidade prática. A identidade de sujeitos entre a autoridade ou órgão competente para transacionar administrativamente e aquela apta a celebrar convenções arbitrais não se traduz com a realidade legal da organização administrativa dos entes federativos.

A título exemplificativo, a prática do Estado de São Paulo é distinta. A celebração das convenções de arbitragem em contratos administrativos é realizada pela Administração Pública direta, representada pelo Secretário de Estado da Secretaria vinculada ao contrato. De outro lado, na hipótese da parte signatária ser a Administração Pública indireta, o signatário da cláusula compromissória tem sido o dirigente competente da empresa estatal.² Em complemento, a competência para desistir, transigir, firmar compromisso e confessar nas ações de interesse da Fazenda do Estado concentra-se na figura do Procurador-Geral do Estado, com a autorização do Governador³.

O § 3º do art. 2º carrega a vedação ao julgamento por equidade, em respeito ao princípio da legalidade estrita, insculpido no art. 37, caput, da Constituição Federal. O dispositivo carrega, também, menção expressa à necessidade de se atender ao princípio da publicidade nas arbitragens com o Poder Público.

Nesse sentido, embora a arbitragem tenha como característica a confidencialidade, tal qualidade não é absoluta. O princípio da publicidade pode ser

¹ Sobre o tema, cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de *A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*. In **Direito Administrativo Democrático**. 1. ed. São Paulo: Fórum, 2010. pp. 104-105

² Por exemplo, o contrato de parceria público-privada assinado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô) com o Consórcio Via Amarela para as obras da Linha 4 – Amarela do Metrô

³ Art. 6º, inc. VI, Lei Complementar Estadual no 478/86

respeitado por meio de adaptações aos procedimentos, como, por exemplo, com a disponibilização ao público das decisões no cartório da instituição arbitral ou com a realização de procedimentos abertos. Internacionalmente, alguns centros de arbitragem enfrentam a questão disponibilizando a opção de transmissão dos julgamentos via internet – como, por exemplo, o ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes).

O Projeto de Lei nº 406/2011 representa uma tentativa de esvaziar as dúvidas que possam surgir quanto à legitimidade da Administração Pública para a celebração das convenções arbitrais. Contudo, diversos aspectos práticos da atuação do Poder Público em procedimentos arbitrais escapam da positivação ensaiada: ainda não existe consenso, por exemplo, quanto à conservação das prerrogativas processuais da Administração Pública no procedimento arbitral, quanto à execução dos laudos arbitrais contrários à Fazenda Pública e quanto à participação do Ministério Público.

Esses aspectos terão de ser enfrentados com profundidade pela doutrina e pela prática. Cumpre aos árbitros administrarem os procedimentos com razoabilidade, observando as peculiaridades da Administração Pública, sem prejudicar a celeridade e objetividade características da arbitragem.

2. O Projeto de Lei 517/2011: uma possível regulamentação para a mediação no Brasil

Aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, em caráter terminativo, em 18 de dezembro de 2013, o projeto “dispõe sobre a mediação entre particulares como meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública”.

O artigo 30 confere aos entes federados a possibilidade de que sejam criadas câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos. Essas câmaras terão competência para: a) dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração

Pública; B) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e c) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Dessa forma, o Estado brasileiro adotará uma postura mais compatível com o espírito desejado para a Administração Pública moderna, representando um meio alternativo para a composição de conflitos e alcance da consensualidade. Trata-se de uma ferramenta que vem corroborar com a demanda por uma Administração Pública menos autoritária e mais colaborativa, eficiente, dinâmica, que busca meios para mitigar a ausência de responsividade observada entre a sua atuação e os interesses da coletividade.

Atualmente, ainda que carente de regulamentação legal específica, o Poder Público já possui iniciativas nesse sentido.⁴ Diversos setores da Administração dispõem de mecanismos para solução de controvérsias que se aproximam da ideia concebida de mediação.

O art. 32 do Projeto de Lei dispõe sobre a possibilidade da solução de controvérsias jurídicas que envolvam a Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações por meio de transação por adesão, desde que autorizado pelo Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou por parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República. Este item vem a brindar uma prática já estabelecida no art. 1º da Lei nº 9.469, de 10 de junho de 1997.

O projeto de lei estabelece, igualmente, em seu artigo 34, a possibilidade de que os Estados, Municípios e o Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas, assim

⁴ Na esfera federal, por exemplo, a ANEEL e o CADE utilizam meios consensuais de solução de conflitos em seus setores de atuação; e, na estadual, a AGERGS (Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul), utiliza a mediação com sucesso em diversas frentes. Sobre o tema, cf. SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais*, 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

como as empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submetam os seus litígios com a Administração Pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

O dispositivo pretende, além de assentar o exercício em lei, ampliar a atuação prática que já ocorre na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), que atualmente permite o “deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, por meio de conciliação ou arbitramento, no âmbito da Advocacia-Geral da União”⁵.

Ao prevenir os litígios de alcançarem as cortes judiciais, a mediação tem potencial para reduzir o volume de casos administrados de forma simultânea, assim como, numa perspectiva de prazo maior, condicionar a prática administrativa à composição amigável e à busca de consenso. Com isso, tem-se a redução do tempo despendido pelas procuradorias com a gestão dos processos judiciais, aumenta-se o percentual de êxito na resolução dos conflitos e diminui-se os gastos administrativos.

3. Considerações Finais

Os Projetos de Lei nº 406 e 517 de 2011 devem ser vistos sob uma perspectiva positiva. Caso aprovados, têm potencial para reduzir o volume de processos judiciais administrados de forma simultânea e condicionar a prática administrativa à composição amigável e à busca de consenso.

A inserção do Brasil no cenário de países que reconhecem a utilização da Arbitragem pelo Poder Público é oportuna. As alterações propostas à Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/94) garantirão maior segurança ao investidor nacional ou estrangeiro, viabilizando a realização de projetos de infraestrutura tão caros ao desenvolvimento do país. Ademais, a autorização expressa em lei confere ao gestor

⁵ Art. 1º da Portaria nº 1.287, de 27.09.2007, da Advocacia-Geral da União.

JUSTINO DE OLIVEIRA

ADVOGADOS

CONSULTORIA EM DIREITO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

público confiança para ajustar cláusulas compromissórias em contratos administrativos.

Da mesma forma, a instituição de um marco regulatório sobre a mediação envolvendo o Poder Público é benéfica. O uso da mediação contribui para uma Administração Pública menos autoritária e mais colaborativa, estimulando maior eficiência, transparência e dinamismo.