

## A ARBITRAGEM NO SETOR PÚBLICO – UTILIZAÇÃO PELOS AGENTES ECONÔMICOS LIGADOS AO ESTADO

Por Flávia Bittar Neves<sup>1</sup>

A utilização da arbitragem pelos agentes econômicos ligados ao Estado, é, hoje, uma realidade. A informalidade do procedimento, a celeridade, a especialidade dos julgamentos e o sigilo são alguns dos atrativos da arbitragem, que vem se mostrando como uma alternativa vantajosa e eficiente para a solução de controvérsias. Muito se discutiu no passado sobre a possibilidade de utilização da arbitragem nos contratos com o Estado, estando, todavia, sedimentado o entendimento segundo o qual a arbitragem é possível sempre que se tratar de direitos patrimoniais disponíveis.

De fato, agindo o Estado como representante da coletividade em causas de utilidade pública, com prevalência de seu poder político – manifestando puro ato de *jure imperii* – não há que se falar em possibilidade de transação relativa ao objeto da causa, aplicando-se, portanto, o ordenamento legal de direito público, não havendo possibilidade de utilização de convenção de arbitragem.

Entretanto, quando o Estado – ou um de seus entes públicos – praticar atos de natureza privada, atuando no cenário comercial, desprovido das prerrogativas do direito público – manifestando ato de *jure gestionis* - permanecem em pé de igualdade com os particulares contratantes, diante da natureza disponível do negócio jurídico. **Neste caso, é perfeitamente viável a utilização da convenção de arbitragem (nas relações de direito interno e internacional), permitindo-se, inclusive, aplicar lei estrangeira à controvérsia.**

A possibilidade de utilização da Arbitragem para solucionar conflitos que envolvem o Estado já era reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal mesmo antes da edição da Lei 9.307/96 que regulamentou o instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, a decisão proferida no litígio que envolvia a União e os herdeiros de Henrique Lage (Agravo de Instrumento nº 52181, julgado em 14/11/73) esclarece a questão ao sintetizar em sua ementa: *“Juízo Arbitral – Na tradição de nosso direito, o instituto do juízo arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a fazenda. Pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que, como pessoa ‘sui generis’, pode prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insusceptíveis de transação.”*

Esta decisão confirma a tradição doutrinária brasileira, existente desde os tempos do império, em aceitar a arbitragem nas causas da Fazenda, bem

---

<sup>1</sup> Advogada, Secretária Geral da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB), especializada em Direito Arbitral pela *Università Degli Studi di Milano* (Itália), Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem, pós-graduanda em Gestão de Negócios pela Fundação Dom Cabral.

como a impossibilidade de proibição do uso do juízo arbitral nessas causas, o que significaria em uma restrição à autonomia contratual do Estado.

Verifica-se que, acompanhando a evolução legislativa mundial, o legislador brasileiro vem expressando a possibilidade de utilização da arbitragem na solução de conflitos entre o ente estatal e o particular.

Em âmbito Nacional, a possibilidade de utilização da arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos (contratos administrativos típicos) é prevista no artigo 23, XV, da Lei 8.987, de 13.2.95, ao estabelecer como cláusula essencial dos contratos de concessão a relativa ao foro e ao ***modo amigável de soluções das divergências contratuais***, dando nova interpretação ao disposto no artigo 54 da Lei 8.666/93, apresentando novos rumos à administração pública.

Este entendimento é compartilhado pelos integrantes do Poder Judiciário, como se pode verificar no voto da Ministra do STJ Fátima Nancy Andrighy, enquanto integrante do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (relatora do MS 1998002003066-9, j. em 18.5.99, votação unânime), ao declarar que *“...pelo art. 54 da Lei 8.666/93, os contratos administrativos regem-se pelas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente os princípios do direito privado o que vem reforçar a possibilidade de adoção do juízo arbitral para dirimir questões contratuais.”*

A aplicação concreta da Lei 8.987/95 pode ser constatada no contrato firmado em 31 de outubro de 1995, entre o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), como Poder Concedente, e a Companhia de Concessão Rodoviária de Juiz de Fora – RJ – em que foi inserida a cláusula compromissória, por meio da qual as partes elegeram a arbitragem para solucionar os eventuais litígios contratuais.

Conclui-se que a arbitragem se compatibiliza com os atos de gestão das empresas estatais que se dedicam à exploração de atividade econômica (como a CEMIG, COPASA, COMIG), as quais se submetem ao regime jurídico das empresas privadas, conforme determina o artigo 173, §1º, da CF.

No âmbito dos contratos de concessão firmados pela ANATEL, a Lei 9.472/97, em seu art. 93, XV, determina que os mesmos deverão dispor sobre o foro e o modo extrajudicial de divergências contratuais.

Para os contratos firmados pela Agência Nacional do Petróleo (ANP), a Lei 9.478/97, art. 43, X, estabelece a necessidade de previsão das regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

Nos contratos de concessão de transporte aquaviário, a Lei 10.233/01, art. 35, XVI, determina que deverá haver cláusula que disponha sobre as controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, estabelecendo a conciliação e a arbitragem.

Além disso, a arbitragem também pode ser utilizada no âmbito da Administração Pública direta, como se pode verificar na Lei 10.433/02, que criou o Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE. Com efeito, o § 2º do art. 2º, da referida Lei, determina que *a forma de solução de eventuais divergências entre os agentes integrantes do MAE, deve ser estabelecida, na Convenção do Mercado e no estatuto, por meio de mecanismo de arbitragem e Convenção de Arbitragem.*

A Convenção Arbitral do MAE deve ser homologada pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, a qual realizou a audiência pública nº 004/2003, a fim de aprimorar o ato administrativo – resolução – necessário à homologação.

Assim é que, nos termos da Resolução a ser expedida pela ANEEL, todos os conflitos entre os Agentes de Mercado, entre estes e o MAE e os decorrentes de contratos bilaterais firmados entre os Agentes, que envolvam as Regras de Mercado e/ou Procedimentos de Mercado repercutindo sobre as obrigações dos agentes contratantes perante o MAE, **deverão ser solucionados através da arbitragem.**

Verifica-se que, havendo autorização legislativa (através de lei federal, estadual ou municipal), nada impede que os entes governamentais escolham a arbitragem para resolver os conflitos surgidos no âmbito da Administração Pública, nas situações específicas que determinar. Com isto, a Administração Pública poderá obter decisões definitivas (com a mesma eficácia da sentença judicial), de forma rápida, especializada e sigilosa, sem que tenha que recorrer aos trâmites burocráticos do Poder Judiciário.

Neste sentido, o estado do Rio de Janeiro foi pioneiro no país, ao promulgar a Lei 1.481, de 21/6/89 (art. 5º, § 2º), que ao dispor sobre o regime de concessões e obras públicas contem previsão expressa de utilização do Juízo Arbitral, sendo a arbitragem legalmente reconhecida como instrumento de solução de controvérsias naquele Estado.

Da mesma forma, o estado de São Paulo previu a adoção contratual de *modo amigável para a solução de controvérsias* no art. 8º, XXI, de sua Lei de Concessões, de nº 7.835, de 8/5/82.

No âmbito externo, tem-se a Lei 1.518, de 24/12/51, e o Decreto-lei 1.312, de 15/12/74, que autorizam o Tesouro Nacional a firmar contratos internacionais com cláusula arbitral.

Por fim, é interessante citar que o Tribunal de Contas da União, na Decisão 188/95, em que eram interessados o DNER e o Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa, admitiu a utilização da arbitragem fundamentando-se na Lei de Concessão de Serviços Públicos.

Em pesquisa realizada pelo economista Armando Castelar Pinheiro, ex-chefe do Departamento Econômico do BNDES, constatou-se que a ineficiência judicial - falta de segurança jurídica e de previsibilidade das decisões – exerce grande influência no crescimento econômico do país, sendo o crédito

um dos setores mais afetados. O resultado é que a participação do crédito na produção nacional (PIB) representa hoje apenas 24%, enquanto em países desenvolvidos chega a passar de 100%.

"O volume de crédito é maior nos estados em que a Justiça é mais eficiente", afirma o pesquisador. Na pesquisa, realizada no ano 2000 junto a aproximadamente 700 juízes, Castelar Pinheiro diagnosticou as causas da crise do Judiciário: "politização" de decisões, lentidão causada por falta de pessoal e complexidade das normas processuais. (Fonte: Valor Econômico)

Sabe-se que hoje, mais de 90% (noventa por cento) dos conflitos em matéria comercial no hemisfério norte são resolvidos através da arbitragem. Tal fato explica-se pela necessidade de uma solução rápida, segura e eficaz por parte das empresas, que hoje não mais podem aguardar por anos uma decisão do judiciário.

Sem sombras de dúvida, a arbitragem é hoje essencial no meio empresarial e a existência de uma Câmara de Arbitragem em determinada região é fator de atração de investimentos.

Efetivamente, a existência no Estado de uma instituição capaz de atender aos interesses do setor produtivo, propicia um cenário favorável aos investimentos em Minas Gerais e impede a fuga de capitais mineiros para a contratação deste serviço em outros Estados/Países.