

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Contributo de Jack Garvey à Discussão Nacional

FABIANA MORAIS BRAGA MACHADO*

Em 07 de dezembro de 2017, o Professor Jack I. Garvey, catedrático do departamento de Direito da Universidade de São Francisco, nos brindou com uma instigante palestra sobre arbitragem envolvendo entes governamentais¹, a partir da perspectiva de sua vasta experiência internacional, como docente e como árbitro. Iniciou por ressaltar que, ainda que o Brasil tenha sido dos últimos grandes Estados a adotar a arbitragem, a edição da Lei nº 9.307/1996 (com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.019/2015) e a adesão à Convenção de Nova York² permitem afirmar que o Estado brasileiro está inteiramente comprometido com a arbitragem como meio de resolução de controvérsias, seja entre partes privadas, seja no âmbito da Administração Pública.

O uso da arbitragem pelas partes – privadas ou públicas – revela, na verdade, uma escolha estratégica, guiada pelo objetivo do que se pretende alcançar, pontua o Professor. Tratando-se da Administração Pública, a opção pela arbitragem encerra também um juízo político, avaliado previamente pelo administrador³. No caso brasileiro, especialmente – em que a resistência à arbitragem foi intensamente judicializada por parte da Administração e de empresas estatais, com imenso dano à segurança jurídica das relações contratuais avençadas com os parceiros privados – a escolha consciente pela via arbitral denota, por parte dos entes estatais, o intuito de adesão do Poder Público às mais atualizadas práticas jurídicas do mercado. Aproximando-se mais do modelo privado de negócios, e abrindo mão da exorbitância ínsita à maior parte das suas relações com os particulares, a Administração cria um ambiente contratual de menor risco e maior previsibilidade, o que tende a reduzir custo e ampliar o rol de interessados em contratar com o ente público.

Nesse sentido, é de se celebrar a edição do Decreto nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018, que regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir conflitos envolvendo o Estado e suas entidades, relativamente a direitos patrimoniais disponíveis de natureza pecuniária, e desde que a controvérsia não verse sobre

* Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Posteriormente, o texto correspondente à palestra proferida no Congresso Internacional de Direito da Procuradoria Geral do Estado foi publicado no Volume I, Número 1, 2018, da Revista Eletrônica da PGE-RJ, <http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br>.

² Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, promulgada por meio do Decreto nº 4.311/2002.

³ O autor aponta ainda que muitos Estados estrangeiros optam pela arbitragem quando a controvérsia a ser dirimida ostenta alta carga de sensibilidade política. É o caso, por exemplo, das disputas envolvendo mais de uma nação. Nesses casos, retira-se o conflito da esfera diplomática dos países, e submetendo-o à decisão de um terceiro imparcial (árbitro).

interesses públicos primários. Poderão conter cláusula compromissória os contratos de concessão de serviço público, as concessões patrocinadas e administrativas, e os contratos de obra, bem como qualquer outro contrato cujo valor exceda a R\$20.000.000,00 (vinte milhões).

E, embora a publicação do citado Decreto seja posterior à palestra do Professor, a disciplina estabelecida pelo ato infralegal vai ao encontro de um cuidado fundamental apontado pelo autor como responsável por uma das vantagens da arbitragem: a possibilidade de as partes se anteciparem e preverem na cláusula compromissória o rito aplicável, o(s) julgador(es) do conflito, e a extensão das matérias contratuais arbitráveis e outros aspectos importantes para a resolução da controvérsia. Daí a importância de um trabalho metuculoso de redação da convenção de arbitragem, como reflexo da autonomia de vontade das partes ao escolherem a arbitragem⁴, autonomia esta bastante mitigada quando se trata da Administração Pública, naturalmente.

Mas mesmo que o Decreto preveja os procedimentos atinentes à escolha do órgão arbitral e direcione o conteúdo da cláusula compromissória e outros aspectos fundamentais da resolução da controvérsia – tendo inclusive sido publicada minuta-padrão de cláusula compromissória – e seja estreito o espectro de liberdade das partes de modularem a forma de resolução do conflito, o incremento de segurança jurídica é tremendo neste modelo adotado pelo Estado do Rio de Janeiro, em que consta a previsão de submissão integral do contrato à arbitragem, tendo como únicas ressalvas tratar-se o objeto da contenda de direito patrimonial disponível de expressão pecuniária, que não envolva interesse público primário⁵.

O autor exalta ainda as virtudes da publicidade e transparência como virtudes de um bom governo, sendo certo que o habitual sigilo da arbitragem deverá ceder em prol desses princípios, tal qual prevê o art. 2º, §3º da Lei nº 9.307/1996 (com as alterações promovidas pela Lei nº 13.129/2015) – ressalvadas, evidentemente, as exceções legais, como aquelas que protegem segredo industrial⁶.

⁴ Assim leciona o autor, em passagem digna de ser reproduzida nessa toada: “If true wisdom, conventional or otherwise, leads you to choose arbitration as your dispute resolution alternative, your work is securing its advantages begins with the drafting of the arbitration clause covering an entire contractual relationship, or drafting the clause in creating the basis for ad hoc arbitration after a dispute has arisen. Your draftsmanship is one of the greatest importance, because what is most distinctive about arbitration as a modality of dispute resolution, is party autonomy.” GARVEY, Jack I. Arbitration Involving Governmental Entities, Revista Eletrônica da PGE, disponível em: <http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/> doutrina/ arbitration-involving-governmental-entitiesE-RJ. Acesso em 20.05

⁵ Assim prevê a cláusula padrão de arbitragem, aprovada por meio da Resolução PGE nº 4.212/2018: “PARAGRAFO PRIMEIRO – Todos os litígios oriundos do presente contrato ou com ele relacionados que possuam natureza pecuniária e não versem sobre interesses públicos primários serão definitivamente resolvidos por arbitragem de acordo com a Lei Federal nº 9.307/1996, o Decreto nº 46.245 do Estado do Rio de Janeiro e o regulamento de arbitragem da (_____ indicar o nome do órgão arbitral institucional escolhido_____).”

⁶ Nesse sentido prescreve o art. 22 da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), nos seguintes termos: “O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.”

Outra questão interessante apontada pelo Professor refere-se à importância da neutralidade e isenção do árbitro, como julgador da controvérsia, quando se tratar de litígios envolvendo Administração Pública, especialmente considerando que a arbitragem não costuma ser particularmente permeável às razões de interesse público envolvidas. Inclusive, destaca que o papel desempenhado pelo árbitro assemelha-se a de um ‘gorila’, sendo implacável em sua força para resolver o litígio, sem que tenha que se preocupar com reforma da sua decisão por razões de interesse público. Daí o cuidado que deve nortear a Administração na escolha do árbitro. Nesse ponto, destaca-se a opção empreendida pelo Poder Executivo fluminense no Decreto nº 46.245/2018, de atribuir à Procuradoria Geral do Estado o mister de cadastrar os órgãos arbitrais, na forma do regulamento próprio editado para tanto, e conceder ao particular a prerrogativa de escolher o tribunal, dentre os cadastrados pela PGE, no momento de confecção do contrato. Partilha-se, assim, entre as partes a responsabilidade pela escolha de árbitros imparciais, equidistantes das partes: mesmo se se tratar de um ‘gorila’ o árbitro, será este um ‘gorila’ de cuja escolha participaram ambos os contratantes, o que visa contribuir para reduzir consideravelmente eventuais alegações de parcialidade.

Acena o autor, ao final, para a necessidade de se promover uma mudança cultural relativamente ao uso da arbitragem pela Administração Pública, ressaltando, ainda, a relevância do papel do advogado público de patrocinar a diversidade de interesses postos à cura do Poder Público. Em última análise, ao defender os interesses do Estado, mesmo quando exercendo a defesa *prima facie* do ente público, está-se a defender, igualmente, a sociedade como um todo. Adiciona-se a isso o fato de que a adoção da arbitragem tem o condão de representar um reforço de segurança jurídica nas relações contratuais de particulares com a Administração Pública, com o potencial de atração de investimentos, por meio da ampliação do rol de parceiros privados.