

**Marçal Justen Filho**  
**(Justen, Pereira, Oliveira & Talamini - Advogados Associados)**



**Qual a possibilidade de redução considerável dos processos judiciais diante da previsão legal de utilização do instituto envolvendo entes públicos ?**

Sou razoavelmente cético quanto a isso. Por três razões. A primeira é a de que os problemas estruturais de uma sociedade não se resolvem simplesmente pela alteração legislativa: pode-se mudar a lei, não se muda a vivência real do mundo. A segunda é a de que o problema da saturação do Poder Judiciário não se refere apenas à disciplina da atividade jurisdicional. O problema é o direito material. É no âmbito do direito material que surgem os conflitos. Por mais racional e eficiente que seja a disciplina processual, isso não conduz à superação dos problemas gerados no âmbito do direito material. Ao invés de tentar resolver os problemas do Poder Judiciário mediante a alteração das normas processuais, o Brasil melhor faria se tentasse superar os impasses no âmbito do direito material. Em terceiro lugar, as relações de direito administrativo refletem uma concepção não-democrática, que se traduz no posicionamento tanto do agente administrativo como do próprio sujeito privado. O Poder Judiciário é muito mais sensível ao argumento da "supremacia do interesse público" do que um árbitro privado. Ou, para ser mais preciso ainda: o Poder Judiciário tende a admitir uma concepção muito simplista de "supremacia do interesse público", naquele sentido de superar direitos e garantias assegurados aos sujeitos privados. Portanto, a arbitragem refletirá, na maior parte dos casos, uma solução mais equilibrada para os litígios. Logo, antecipo que a Administração Pública apenas adotará a arbitragem quando não dispuser de alternativa. Isso envolverá, essencialmente, relações contratuais que exijam investimentos privados de grande porte, especialmente no âmbito da infraestrutura. Anote-se que, sob esse ângulo, já havia previsão legislativa autorizando a adoção da arbitragem na grande maioria dos casos. Em suma, não vislumbro que, num período imediato, a alteração legislativa conduza a uma redução substancial dos processos judiciais envolvendo a Administração Pública.



**É possível supormos quais entidades públicas tendem a buscar mais a arbitragem ?**

Antes de definir a conveniência da arbitragem, é relevante apontar o âmbito de seu cabimento. De modo genérico, não caberá arbitragem nas hipóteses em que a atividade administrativa refletir o exercício de competências estatais típicas. Tal se passa, por exemplo, no âmbito da regulação propriamente dita. Não existem, em tais hipóteses, direitos disponíveis que comportem arbitragem. Aliás e de passagem, não reputo arbitrável inclusive o litígio entre particulares que envolvam efeitos indiretos de cunho regulatório - ou, quando menos, esses temas não podem ser examinados no âmbito da arbitragem.

Nas hipóteses em que é cabível a arbitragem, é muito provável que adquira maior difusão no âmbito da Administração indireta com personalidade jurídica de direito privado, que envolva

contratações com a iniciativa privada, especialmente sob regime de direito privado. Também me parece evidente que a arbitragem será muito mais praticada na órbita Federal e no âmbito dos Estados mais afeitos a contar com o investimento privado. Seria muito desejável que a arbitragem fosse difundida genericamente no bojo das questões contratuais administrativas em geral. No entanto, parece-me que essa orientação demorará a ser admitida.



### **A publicidade total prevista na reforma da lei vai de encontro ao princípio de confidencialidade e sigilo da arbitragem ?**

Não vejo problema na publicidade da arbitragem. A preservação do sigilo é uma tradição no âmbito da arbitragem, mas não envolve princípio jurídico essencial. Especialmente no âmbito do direito brasileiro. Não deixa de ser intrigante que um dos princípios fundamentais, norteadores da função jurisdicional estatal, seja a publicidade. Estabelecer sigilo no tocante à arbitragem poderia apresentar alguma razoabilidade relativamente a litígios entre privados. Mas, em se tratando de sujeitos integrantes da Administração Pública, o sigilo apenas poderia ser justificado em virtude de circunstâncias específicas e diferenciadas. Tais circunstâncias podem ocorrer seja na via judicial estatal, seja no tocante à arbitragem.



### **Quais as particularidades do procedimento arbitral quando uma das partes é o Estado ?**

Não seria despropositado afirmar que a arbitragem é sempre a mesma, seja o Estado parte ou não. Sob um certo ângulo, assim se passa. Mas é necessário reconhecer que há algumas dificuldades para enfrentar. O Estado não é uma parte comum porque, rigorosamente, o "Estado" não existe como um polo de interesses autônomo. O Estado é uma abstração, que se traduz numa pluralidade de órgãos compostos por agentes públicos. No âmbito privado, o interesse pessoal do titular dos direitos impõe um controle de regularidade muito intenso. Esses controles devem existir também no âmbito do Estado. Mas há riscos muito intensos de que, no mundo real, tal não se passe. Portanto, é imperioso que a arbitragem seja acompanhada pela estruturação diferenciada e específica do Estado para a defesa efetiva e eficiente dos seus direitos, que são, na verdade, reflexo do interesse comum de todos.

Formulo ainda duas ordens de considerações adicionais:

Um dos grandes riscos da arbitragem é a importação de um modelo processual e procedimental tipicamente da common law. A arbitragem floresceu especialmente nesse âmbito, que envolve - lembre-se - essencialmente ações de cunho indenizatório. Mais ainda, tomando em vista uma prática originária do mundo anglo-saxão. Não existe qualquer xenofobia de minha parte. Mas é muito despropositado praticar arbitragem no Brasil seguindo o modelo procedimental anglo-saxão. Veja-se a questão da produção de provas em audiência, inclusive nos casos em que a questão é apenas de direito. Anoto que a questão não é apenas teórica, mas reflete uma intensa disputa pelo "mercado de arbitragens". Grande parte dos clientes de arbitragens são empresas com sedes no estrangeiro. Essas empresas dispõem de atendimento por escritórios de advocacia tipicamente "anglo-saxões". A preservação do modelo de arbitragem anglo-saxão é indispensável

para assegurar a participação dos grandes escritórios de advocacia estrangeiros nessa atividade. Portanto, todas as convenções, organizações e seminários internacionais são orientados a reforçar essa solução. De minha parte e pessoalmente, não há qualquer preconceito ou posicionamento contra escritórios de advocacia estrangeiros. Apenas me parece absurdo (para dizer o menos) submeter a atividade de arbitragem no Brasil a um modelo próprio do direito não brasileiro, simplesmente para assegurar a ampliação do mercado de trabalho para estrangeiros.

Há um outro fator, intimamente relacionado a esse. Não existe um direito administrativo autônomo, no mundo anglo-saxão. Logo, aplica-se o direito comum. A participação de advogados estrangeiros em arbitragens no Brasil, versando sobre direito administrativo, é problemática, em vista da ausência de compreensão jurídica da disciplina normativa.

Outro grande problema se relaciona, de algum modo, com essa problemática. A arbitragem tem sido examinada como uma questão essencialmente processual. Ocorre que a sentença a ser proferida, quando a Administração for parte, envolverá usualmente a aplicação do direito administrativo. O especialista em direito processual não disporá, em muitas oportunidades, de conhecimento para produzir uma solução satisfatória nos litígios de direito administrativo. Ou seja, a tendência é a fragmentação da atividade de arbitragem em diferentes especialidades. Até o presente isso não aparecia de modo mais intenso porque a arbitragem era relacionada essencialmente com questões empresariais, submetidas à disciplina do direito comercial (ou civil). É claro que essa questão já aparecia, mas não era tão intensa. Veja-se que, na estrutura do próprio Poder Judiciário, a especialização se faz presente. Há Varas da Fazenda Pública e Seções e Câmaras de Direito Público. Questiona-se a possibilidade de um "magistrado universal", expressão utilizada para indicar um sujeito dotado de conhecimento e de experiência jurídica absolutos e ilimitados. Não é cabível a figura do "árbitro universal". E me parece muito necessário que, por ocasião da composição do painel arbitral, seja comprovada não apenas a idoneidade subjetiva e o conhecimento jurídico genérico. É indispensável o domínio do direito a ser aplicado no caso concreto.

Um outro problema, que não pode ser afastado, relaciona-se com corrupção. É indispensável o estabelecimento de mecanismos muito severos de disciplina da atividade do árbitro e a imposição de prática de condutas transparentes, destinadas a reduzir riscos nesse setor. Ninguém é obrigado a ser árbitro. Quem desejar assumir essa posição deve abrir mão de certas prerrogativas, liberdades e autonomias. Por exemplo, um advogado pode beneficiar-se de presentes dos clientes. Isso é impensável para aquele que é ou será árbitro. Um árbitro está sujeito a todas as limitações inerentes à figura do julgador imparcial. Dito de outro modo: ser árbitro não é apenas mais uma manifestação do exercício da advocacia.

**Conteúdo extraído do site Migalhas: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI224127,51045-Administracao+Publica+tende+a+buscar+arbitragem+para+questoes>**